

DES SACRA PRIVATA

EN

DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 6 juin 1928, à 2 heures

PAR

Raymonde LEFÈVRE

Avocat à la Cour

Président : M. NOAILLES.

Suffragants : M. GIFFARD.

M. FLINIAUX.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1928

DES SACRA PRIVATA

EN

DROIT ROMAIN

DES SACRA PRIVATA

EN

DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 6 juin 1928, à 2 heures

PAR

Raymonde LEFÈVRE

Avocat à la Cour

*Président : M. NOAILLES.
Suffragants : M. GIFFARD.
M. FLINIAUX.*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1928

2004x



INTRODUCTION

Chez les peuples antiques, la Religion est à la base de tout. C'est le fondement de toute institution sociale. Rien n'existe qui n'en découle. Et les préoccupations religieuses sont les seules qui apparaissent à l'origine du Droit et de la Morale.

« Dans toutes les sociétés primitives, l'idée abstraite du devoir se cache sous la forme de lois divines, dont la violation est punie par la providence » (1).

Le Droit sort de la Religion.

C'est seulement à la longue qu'il s'en dégage, et devient autonome.

La durée de cette évolution varie avec les peuples. Plus courte chez certains, elle est au contraire plus longue chez les autres.

A Rome, le Droit et la Religion sont restés très longtemps confondus. Le plus ancien Droit Romain ne se distingue qu'à peine de la Religion proprement dite. On pourrait même affirmer qu'il n'est qu'un des aspects de cette Religion, la Religion appliquée aux rapports sociaux. C'est un ensemble de préceptes divins, un droit « suggéré par les dieux ».

Même quand il y a un Droit Civil à proprement parler, qui n'est plus le Droit Théocratique, ce Droit Civil, pendant des siècles, demeure encore soumis à l'influence de la Religion (2).

Il n'y a pas entre eux de délimitation, de démarcation

(1) Bouché-Leclercq, *Les Pontifes de l'Ancienne Rome*.

(2) « Le droit à l'origine est intimement uni à la religion »; Cuq, *Institutions juridiques des Romains*. En sens contraire, Ihering, *L'Esprit du Droit Romain*.

nette. Les mêmes institutions ont à la fois des effets civils et des effets religieux d'une égale importance.

C'est vers la fin de la République seulement que le Droit s'est complètement laïcisé.

Le Droit Romain primitif, le Fas surtout, le Jus aussi dans une certaine mesure, est tout imprégné des vieilles croyances et des vieilles superstitions indo-européennes.

Parmi ces croyances, l'une des plus importantes est la survie de l'âme et la vengeance des morts.

« La crainte des morts domine l'histoire romaine, histoire littéraire comme histoire juridique (1)... Les croyances relatives aux morts malfaisants... exercèrent une influence notable sur les destinées du droit romain » (2).

De tous les phénomènes de la nature, la mort est celui qui frappe le plus vivement les êtres primitifs. Ils ne peuvent se résigner à croire que tout finit avec elle, car l'acceptation du néant suppose une philosophie hautaine et une sagesse désabusée que ne connaît pas encore l'âme naïve des peuples jeunes.

Ils imaginent donc un prolongement de la vie (3), une sorte d'immortalité à-demi matérielle, dans laquelle le repos des morts dépend de la piété des vivants. Les morts ont besoin que l'on s'occupe d'eux, qu'on leur consacre des offrandes, car, en quittant la vie, ils n'en ont pas dépouillé les exigences et les nécessités.

Les Anciens ne conçoivent pas la mort comme une libération des liens de la matière. Pour eux, les défunts conservent les besoins des vivants.

Chaque famille pourvoiera donc à l'entretien de ses morts, et leur donnera pieusement ce qui est nécessaire à la vie de l'autre monde. Ce sont les offrandes ainsi dédiées aux Mânes des Ancêtres (4) qui constituent les *Sacra Privata*. Ces offrandes sont un devoir pour les vivants et un droit pour les morts. Car les morts ont des droits vis à vis des vivants; ils sont pour ainsi dire des créanciers d'outre-tombe. Et c'est pourquoi l'on parle des *Jura Manium*.

(1) Jobbé-Duval, *Les Morts Malfaisants*, p. 2.

(2) *Id.*, Avant-Propos, p. xi.

(3) « Les morts continuent à vivre d'une vie atténuée » ; Jobbé-Duval *op. cit.*, p. 2.

(4) Et aussi, nous le verrons plus loin, aux Pénates.

Les morts sont impuissants à se servir eux-mêmes. Ils attendent des vivants la nourriture appropriée qui doit les satisfaire. Et malheur à qui trompe leur attente ! Les morts abandonnés deviennent redoutables. Ils souffrent, et font souffrir.

Bienfaisants quand on les honore, les défunts, quand on les délaisse, se transforment en puissances malfaisantes (1). Privés des sacrifices qui leur sont nécessaires, ils errent sans repos ; leurs souffrances et leurs inquiétudes les rendent impitoyables, et ils s'en viennent tourmenter les vivants (2) qui les ont délaissés, pour se venger de leur indifférence, les accablant de maux et de calamités (3).

La menace de cette vengeance suspendue sur la tête des impies terrorise les autres et stimule leur zèle. « Les morts malfaisants inspirent aux vivants une profonde terreur » (4). Pour détourner de soi la colère des morts, on accomplira scrupuleusement les sacrifices qu'ils exigent.

Ainsi, on s'assurera de leur protection, on se conciliera leur bienveillance.

« Le culte des ancêtres reposait avant tout sur la crainte des morts, et, seulement à titre subsidiaire, sur le désir de se concilier leur bienveillance et de leur éviter une vie d'outre-tombe humiliée et douloureuse » (5).

Mais ce n'est là qu'une des faces du problème.

Eviter ici-bas la vengeance des ancêtres défunts, cela ne suffit pas : il faut aussi s'assurer à soi-même une immortalité heureuse, il faut que d'autres fassent un jour pour vous ce que vous faites pour vos aïeux.

Or, comme les sacrifices incombent aux seuls parents, et que des étrangers ne les assumeraient pas, on voit appa-

(1) « Figuraient également parmi les morts malfaisants ceux qui, ayant été ensevelis suivant les rites, voyaient ensuite leur repos troublé... par l'abandon des *sacra privata* ». Jobbé-Duval, *Les Morts Malfaisants*, p. 51.

(2) « La grande crainte des vivants a toujours été que les morts tristes et jaloux reviennent pour les tourmenter ». H. Gaidoz, *Un vieux rite médical*, 66. « La croyance aux « Revenants » doit être considérée comme ayant été générale chez les Romains » ; Jobbé-Duval, *op. cit.*

(3) Pour la description détaillée de ces calamités, voir le livre de M. Jobbé-Duval, p. 106 et suivantes.

(4) Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 104.

(5) Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 1.

raître l'impérieuse nécessité de laisser après soi une longue descendance, qui assure perpétuellement le culte domestique.

L'intérêt de chacun était qu'il y eût toujours un homme de sa race pour apporter des offrandes à son tombeau.

« Les morts avaient besoin que leur descendance ne s'éteignît pas » (1).

Ainsi s'explique le rôle capital des *Sacra* dans l'organisation de la famille romaine, dans tout ce qui intéresse l'existence et la perpétuité de la race.

Le foyer sans feu, les tombeaux sans offrandes, c'est la pire catastrophe qui puisse menacer une famille romaine, et tout est mis en œuvre pour détourner ce péril.

La grande préoccupation du *paterfamilias*, c'est de laisser après lui quelqu'un qui assume les *Sacra* — un descendant, toutes les fois que ce sera possible, ou à défaut, mais à défaut seulement, un tiers soigneusement choisi pour remplir cet office,

Il faut avoir des héritiers. Et de cette nécessité découlent les conséquences suivantes :

Le mariage étant le meilleur moyen de perpétuer la race, il faudra se marier.

Si, bien que marié, on n'a pas d'enfants, on suppléera à cette carence par l'adoption ou l'adrogation.

Enfin, si l'on n'a pas recouru à l'un de ces deux modes, il reste une dernière ressource : c'est d'instituer un héritier par testament.

Nous étudierons donc successivement le rôle des *Sacra* : dans le Mariage, dans l'Adoption et l'Adrogation, dans l'Hérédité, en nous plaçant toujours naturellement à l'origine de ces institutions, avant que le temps et les transformations sociales n'aient altéré leur caractère religieux, c'est-à-dire par conséquent dans la période archaïque du Droit Romain, à la limite du *Fas* et du *Jus*.

Mais la perpétuation des *Sacra* n'intéresse pas seulement les particuliers : elle a aussi une importance sociale. Car l'abandon des Cultes Privés peut attirer des calamités sur la Cité tout entière.

Ovide nous rapporte (2) qu'à une certaine époque de

(1) Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, 4^e éd., p. 49.

(2) *Fastes*, Livre II.

l'Histoire Romaine, le Culte des Morts ayant été négligé, les morts se vengèrent en déchaînant sur la ville des prodiges effroyables.

Même lorsqu'il ne s'agit pas, comme dans ce cas, d'un abandon collectif, mais d'abandons isolés, la Cité peut néanmoins s'en ressentir.

La vengeance des morts délaissés ne se borne pas au cercle familial : elle s'étend à la collectivité, rendue responsable de la faute de quelques-uns de ses membres.

« Les spectres constituent un danger public » (1) ... L'inexécution des obligations des vivants vis à vis des morts faisait courir à tous, et à l'Etat lui-même, les dangers les plus graves » (2).

On ne saurait donc entièrement abandonner au libre arbitre des citoyens le sort d'un Culte dont peuvent dépendre d'aussi dangereuses conséquences.

Il existe une autorité chargée de contrôler les *Sacra Privata*, de veiller à leur accomplissement et d'assurer leur transmission.

Cette autorité, c'est le Collège Pontifical. Le Culte privé romain, confié aux citoyens, se trouvait néanmoins placé sous la haute surveillance des Pontifes.

Ceux-ci n'interviennent pas dans la célébration du culte où le père de famille demeure entièrement libre. Mais ils interviennent pour en assurer la perpétuité.

Et c'est ce qui explique leur ingérence dans tous les actes juridiques où les *Sacra* sont intéressés.

Ils président au Mariage. Ils décident de l'Adrogation. Ils règlent la transmission des biens. Grâce à cette surveillance qu'accompagnent des sanctions, les *Sacra* deviennent une obligation impérieuse, à laquelle les citoyens ne peuvent se soustraire.

On ne s'en remet pas à leur conscience ; on ne se fie pas à leur piété : on leur impose le Culte, comme un devoir qu'ils ne peuvent écarter.

Le Culte doit se perpétuer de génération en génération. Il n'y va pas seulement de l'intérêt privé ; il y va de l'intérêt public. Et c'est pourquoi l'autorité officielle intervient ici.

Le citoyen qui serait assez impie pour ne pas craindre, par

(1) Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 104.

(2) Id.

l'interruption des Sacra, d'attirer sur lui ici-bas la vengeance de ses ancêtres, et de se condamner dans l'autre monde à une éternité de souffrance, n'est pas libre de braver ce double châtement. Car il ne compromettrait pas seulement sa propre tranquillité, il compromettrait la sécurité sociale.

De là tant de sentences impératives sur l'observance des Jura Manium (1).

Intérêt des particuliers, intérêt de l'Etat : ainsi se justifie l'importance extraordinaire attachée par les Romains à la Religion privée, et qui nous semble résumée tout entière dans cette formule énergique et concise : « Sacra Privata perpetua manento ».

Telle étant l'importance du Culte Domestique, on pourrait s'attendre à trouver sur ce point une abondante littérature. Il n'en est rien. Et c'est précisément la rareté des textes qui fait la difficulté du sujet. Dans la plupart des cas, on en est réduit aux hypothèses et aux suppositions.

En fait de textes, que possédons-nous ? Quelques pages de Cicéron, d'un sens souvent obscur, et d'une interprétation difficile — qui constituent la principale source — quelques vers d'Ovide, quelques lignes de Festus et d'Aulu-Gelle, un paragraphe de Gaius, — et c'est à peu près tout.

Nous n'avons pas de traité général de la Religion Romaine, soit qu'aucun ouvrage de ce genre ne soit parvenu jusqu'à nous, soit peut-être plutôt qu'il n'en ait jamais existé (2).

En effet, la Religion domestique des Romains était avant tout un ensemble de superstitions. Or, la superstition vit uniquement de traditions orales. De par sa nature même, obscure et mystérieuse, elle exclut la rédaction écrite, trop nette et trop précise.

D'autre part, les esprits cultivés, qui seuls auraient pu concevoir la pensée de composer un traité sur les Sacra, se désintéressèrent de bonne heure d'une religion grossière, à laquelle ils ne croyaient plus.

Ainsi s'explique sans doute qu'aucun historien n'a jugé

(1) « Deorum manium jura, sancta sunt ». « Perpetua sint sacra ». Cicéron, *De Legibus*, II, IX et XIX.

(2) Il semble n'y avoir eu que des ouvrages particuliers, traitant d'un point déterminé, ainsi celui de Servius Sulpicius « De Sacris detestandis ».

opportun de retracer l'histoire du Culte Domestique, d'exposer les principes de ce Culte, d'en décrire les cérémonies.

Ainsi s'explique qu'aucun jurisconsulte n'a étudié l'influence des Sacra sur le Droit (1).

Cette indifférence des auteurs romains à l'égard de leur propre religion rend très délicate la tâche de l'historien moderne (2). Celui-ci, en effet, doit souvent suppléer par l'imagination au manque de renseignements.

En l'absence de textes, il lui faut édifier des systèmes plus ou moins satisfaisants, et construire des hypothèses plus ou moins vraisemblables.

Notre étude aura-t-elle contribué à apporter sur ce sujet, sinon un peu plus de lumière, du moins quelques parcelles de vérité ?

Nous n'oserions l'affirmer.

Qu'importe ?

Le mérite n'est pas d'avoir réussi, mais d'avoir essayé.

(1) Les juristes romains n'ignoraient pourtant pas cette influence, puisque Gaius la signale à propos de l'*Usucapion pro herede*, I, II, 55.

(2) Une autre difficulté, non moins grande, dérive de ce fait que, lorsque les auteurs latins mentionnent les Sacra, ils ne spécifient jamais s'il s'agit des Sacra Familiaria ou des Sacra Gentilitia. Or, comme ces deux sortes de Sacra n'obéissent pas aux mêmes règles, il peut résulter de cette imprécision des confusions regrettables.

CHAPITRE PREMIER

LES SACRA PRIVATA

« Apaisez les Mânes paternels, et déposez sur leurs cendres froides de légères offrandes ».

↓ OVIDE.

Avant de rechercher quelle a pu être l'influence des *Sacra Privata* dans les institutions juridiques de Rome peut-être n'est-il pas inutile de rappeler brièvement en quoi ils consistaient.

Qu'est-ce au juste que les *Sacra* ? Ce sont des cérémonies du culte, l'ensemble des rites et des pratiques qui composaient la religion privée (1). Les *Sacra* sont donc exclusivement une chose matérielle, l'accomplissement, dans certaines circonstances, de certains actes déterminés.

Le Culte Privé se divise en deux branches (2) : le Culte Domestique et le Culte Gentilice (*Sacra Familiaria*, *Sacra Gentilicia*), suivant qu'il est restreint au groupe familial, ou qu'il s'applique au groupe plus étendu de la *Gens*.

I

CULTE DOMESTIQUE

Les *Sacra Familiaria* s'adressaient à deux catégories de divinités : les Pénates et le Lar, qu'on adorait au foyer même, les Mânes qu'on honorait au tombeau de famille.

(1) « La Religion Romaine... n'apparaît dans l'histoire que sous forme de cultes... surchargés de pratiques minutieuses. Elle se réduit à l'observance scrupuleuse de certains rites ». Bouché-Leclercq, *Manuel des Institutions Romaines*, p. 459.

(2) Nous laissons entièrement de côté les *Sacra pro singulis hominibus*, qui ne présentent aucun intérêt au point de vue de notre sujet, et dont l'existence est d'ailleurs contestée.

Les Pénates sont les dieux qui veillent sur la chambre aux provisions. Ils protègent la famille au point de vue matériel. Ils symbolisent l'abondance et la vie facile.

Le Lar est le fondateur de la famille, l'ancêtre primitif (1), le génie de la maison, « c'est-à-dire la force procréatrice, le dieu protecteur qui empêchait la famille de s'éteindre » (2).

Le Lar et les Pénates avaient leurs images sur un autel placé près du foyer, d'abord dans l'Atrium, plus tard dans le Sacrum ou Lararium. « Le foyer... était le centre du culte domestique, dont le père de famille était le prêtre. » (3) On entretenait sur ce foyer un feu inextinguible. « La flamme du foyer était elle-même à la fois une divinité et un hommage perpétuel aux divinités qui l'entouraient » (4).

Le Culte du Lar et des Pénates se célèbre à l'intérieur de la maison.

Il s'agit de cérémonies quotidiennes extrêmement simples, que l'on peut résumer en deux mots : prières et libations.

Chaque matin, le père de famille, entouré de sa femme, de ses enfants et de ses esclaves, prononce une prière devant l'autel domestique. Cette cérémonie est accompagnée d'un sacrifice, qui consiste à porter au foyer et à jeter dans le feu une partie des aliments composant le repas de la famille (5).

Mânes. — Mais l'objet par excellence du Culte Familial, ce sont les Mânes, c'est-à-dire les esprits des Morts (6).

Nous avons exposé dans notre Introduction la dévotion particulière dont les Morts étaient l'objet de la part des vivants.

Car les Morts sont des êtres divins.

L'homme se console de mourir en imaginant qu'il va devenir un dieu (7).

(1) Par sa nature, le Lar se rapproche donc des Mânes. Mais nous l'avons réuni aux Pénates parce qu'il est adoré conjointement avec eux et sur le même autel

(2) Marquardt, *Le Culte chez les Romains*.

(3) Bouché-Leclercq, *Manuel des Institutions Romaines*, p. 465.

(4) Id., p. 465.

(5) « Les jours de fête, on ajoutait aux offrandes accoutumées des sacrifices véritables, des gâteaux, du miel, des couronnes de fleurs, même de l'encens ou des parfums » ; Bouché-Leclercq, *op. cit.*, p. 465.

(6) Le premier ancêtre porte le nom particulier de Lar ; les autres sont réunis sous le nom collectif de Dii Mani.

(7) « Majores nostri eos, qui ex hac vita migrassent, in deorum numero esse voluerunt » ; Cicéron, *De Legibus*, II, 22.

Les Ancêtres défunts formaient un groupe de divinités, Dii Mani, bienfaisantes ou nuisibles, suivant qu'on les honore ou non.

Ces divinités résidaient dans les tombes (1) ; car pour les Anciens « l'âme restait associée au corps. Née avec lui, la mort ne l'en séparait point ; elle s'enfermait avec lui dans le tombeau » (2). Nous avons vu, d'autre part, qu'elles conservaient les besoins de la vie terrestre, qu'il leur fallait boire et manger comme les vivants eux-mêmes.

Le Culte des Mânes se célébrera donc sur le tombeau de famille (3). Et on leur consacrera des offrandes matérielles.

On leur offrait surtout des aliments, sang des victimes, lait, vin, huile, sel, fruits, miel, fèves, etc..., mais aussi des fleurs et des parfums.

Ces offrandes se faisaient ou bien à des dates fixes, les mêmes pour toutes les familles romaines, ou bien à des dates variables, spéciales à chaque famille, dont elles commémoraient les anniversaires particuliers.

Les fêtes à dates fixes étaient mensuelles ou annuelles. Mensuelles, c'étaient les Calendes, les Nones et les Ides. Annuelles, c'étaient les suivantes : d'abord les Parentalia, fête des Morts par excellence, qui avaient lieu du 13 au 21 Février. Puis les Feralia, dernier jour des Parentalia, avec lesquelles on les confond souvent. Enfin les Caristia, qu'on célébrait le 22 février (4).

Quant aux Lemuria, qui tombaient les 9, 11 et 13 Mai, elles avaient un caractère particulier ; elles s'adressaient seulement aux Morts dangereux et irrités, à cette catégorie de Mânes qu'on appelait les Larves ou Lémures, c'est-à-dire les Revenants, et on ne les célébrait pas sur le tombeau de famille. Au cours de la nuit, le *paterfamilias*, pieds nus, parcourait la maison, en jetant des fèves noires pour apaiser

(1) « La tombe n'est autre chose qu'une demeure où le mort commence une seconde existence » ; Cagnat et Chapot, *Manuel d'Archéologie Romaine*, I, 334., C'est le temple des Mânes. D'où le respect dont on entoure les tombeaux, qui sont Res Religiosae.

(2) Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, 4^e éd., p. 8.

(3) « Chaque famille avait son tombeau où ses morts venaient reposer l'un après l'autre... Là se célébraient les cérémonies et les anniversaires » ; Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, p. 34.

(4) Ovide, *Fastes*, Livre II.

les Larves, et en menant grand bruit afin qu'elles s'éloignassent.

C'était en somme une conjuration des spectres (1).

Quelles étaient, maintenant, les fêtes à dates variables ?

Citons en premier lieu les *Feriae Denicales*, ou fêtes des Funérailles, qui, d'après leur nature même, n'avaient lieu qu'une seule fois pour chaque mort, tandis que les autres étaient périodiques.

Le neuvième jour après les funérailles, les parents du défunt lui offraient un banquet : c'était le *Sacrum Novemdiale*, qui terminait le deuil et marquait le passage du défunt à l'état de divinité. « A partir de ce moment, le culte ordinaire des Mânes... suffisait à l'ombre ainsi classée parmi les divinités domestiques » (2).

Venaient ensuite les *Parentalia* privées, qui commémoraient les anniversaires de la mort et des funérailles. Les *Rosalia*, où l'on semait des roses sur les tombeaux. Le *Dies Violaë*, où l'on semait des violettes.

Telles étaient les principales cérémonies du Culte Domestique.

C'est le père de famille qui les accomplissait (3). C'est lui le chef du Culte (4). Chaque père de famille est prêtre à son foyer. Tout reposait sur lui. Il était le seul « qui eût le droit de sacrifier ».

La religion domestique est une religion essentiellement patriarcale.

II

CULTE GENTILICE

La Gentilité, cette parenté très vaste du vieux Droit Romain, repose sur un double fondement : l'identité du nom, l'identité du culte.

(1) Ovide, *Fastes*, Livre V.

(2) Bouché-Leclercq, *op. cit.*, p. 472.

(3) « Les *Sacra familiae*... ont un prêtre naturel, le chef de la famille, et passent d'un *paterfamilias* à l'autre » ; Marquardt, *Le Culte chez les Romains*.

(4) « *Scito dominum pro tota familia rem divinam facere* » Caton ; De R. R., 143.

Sont gentils entre eux ceux qui rendent le culte à un même ancêtre dont ils portent le nom. A la base de la Gens, il y a donc une communauté de Sacra.

Chacune des familles qui composent une Gens honore séparément les ancêtres qui lui sont propres, et toutes honorent collectivement leur ancêtre commun, celui dont elles sont sorties (1).

Cet ancêtre lointain, fondateur de la Gens (2), dont l'origine se perd dans la nuit des siècles, est la plupart du temps un héros fabuleux, ou bien un dieu ou même un animal (3), antique Totem de la tribu primitive.

Si reculé qu'il soit, son souvenir persiste, vestige des temps disparus, soigneusement entretenu par une tradition orale qui se transmet de générations en générations.

Le caractère de la gentilité a soulevé des controverses. Est-ce une parenté naturelle, ou une parenté artificielle ? On peut répondre simplement que c'est une parenté traditionnelle (d'après l'opinion la plus communément admise). Font partie d'une même Gens tous ceux qui, de bonne foi, croient descendre d'un même ancêtre (4).

Au moins primitivement. Car, par la suite, la sincérité des Gentils peut être à bon droit suspectée. L'identité de nom suffit alors à faire présumer l'identité d'origine, même si la tradition est muette.

Quoi qu'il en soit, toutes les familles qui se rattachent ou prétendent se rattacher à un auteur commun, se réunissent à des dates déterminées pour l'honorer ensemble, ou bien sur son tombeau, quand la tradition lui en assigne un, ou bien dans un lieu consacré appelé Sacellum.

(1) C'est le Lar Gentilice. Le Lar Familiaris est l'ancêtre de la famille. Le Lar Gentilis est l'ancêtre de la race.

(2) A l'origine du mot Gens, il y a l'idée de procréation.

(3) Le nom de cet animal se retrouve dans celui de la Gens. C'est ainsi que primitivement, la Gens Porcia devait avoir un sanglier pour ancêtre mythique (Salomon Reinach, *Orpheus*, p. 145). Mais le Totem a dû disparaître d'assez bonne heure comme objet du culte gentilice, et on lui a substitué un être à forme humaine, ancêtre plus vraisemblable et plus rationnel.

(4) « Si la Gens adorait en commun un ancêtre, c'est qu'elle croyait sincèrement descendre de lui. Simuler un tombeau, contrefaire des anniversaires et des repas funèbres, c'eût été porter le mensonge dans ce qu'on avait de plus sacré, et se jouer de la religion » ; Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 121.

Parmi tous les chefs des familles ainsi réunies, on choisissait un prêtre temporaire (flamen) qui offrait le sacrifice au nom de la Gens entière.

Les Sacra Gentilicia n'existaient que pour les Patriciens, puisque seuls ceux-ci étaient organisés en Gentes. Plus tard, quand certains Plébéiens, à leur tour, adoptèrent cette organisation, ils ne lui empruntèrent pas seulement son caractère politique, mais aussi son caractère religieux, et ils essayèrent de se rattacher fictivement à quelque grand personnage, auquel ils sacrifièrent désormais. Ils eurent donc, dans une certaine mesure, un Culte gentilice, ou tout au moins pseudo-gentilice, ce qui explique, nous le verrons plus tard, que l'Adrogation leur devint accessible.

III

LES PRINCIPES DU CULTE

Après avoir exposé en quoi consistait le Culte Privé, nous allons maintenant rechercher à quels principes obéissait ce Culte.

Y avait-il chez les peuples de l'Antiquité, et particulièrement chez les Romains, des principes absolus, rigoureux, formels, gouvernant la Religion domestique ? C'est peu probable.

Il n'y avait sans doute pas de règles précises, nettement formulées, mais seulement des traditions plus ou moins confuses, un courant d'idées générales venues des plus vieux âges, auxquelles on se conformait dans la mesure du possible, mais qui s'affaiblissaient et s'altéraient de jour en jour, au fur et à mesure qu'on s'éloignait des croyances primitives qui leur avaient donné naissance.

Nous ne pensons pas que les Romains aient eu une conception très nette des principes qui régissaient leur Culte domestique.

C'est nous, les Modernes, jugeant avec le recul du temps et de l'espace, qui pouvons dégager ces principes, discipliner l'amas des traditions, et les réduire, pour notre commodité personnelle, à un petit nombre de règles précises et délimitées.

En étudiant l'ensemble des prescriptions et des prohibi-

tions léguées à la Religion Romaine par les vieux Cultes de l'Inde, il nous a paru qu'on pouvait les ramener à trois principes essentiels : Unité, Masculinité, Exclusion des Étrangers.

Encore ces principes sont-ils loin d'être absolus, et souffrent-ils de si nombreuses exceptions, qu'ils disparaissent parfois et qu'on a peine à retrouver leur trace.

Ils ne furent sans doute intégralement observés qu'aux temps les plus lointains de l'existence de Rome. A l'époque historique, on n'en constate plus que des survivances éparses. C'est en rassemblant et en groupant ces survivances que l'on peut arriver à les reconstituer tels qu'ils durent être primitivement.

Mais il reste bien entendu qu'ils n'eurent jamais ce caractère de précision et de rigidité que nous leur attribuons pour faciliter notre tâche et les mettre en relief.

Unité. — « C'est un principe immuable qu'une même personne ne peut pas invoquer deux foyers ni deux séries d'ancêtres » (1). Chacun n'aura donc qu'un seul Culte. S'il en acquiert un nouveau, il devra répudier l'ancien, ce qui arrivera chaque fois qu'il y aura changement de Gens ou de Famille (2).

La dualité des Cultes est rigoureusement proscrite ; elle entraînerait une perturbation grave, une confusion dangereuse (3). Chaque Culte doit rester pur de tout mélange. Les divinités domestiques sont des divinités jalouses, qui veulent qu'on se consacre entièrement à elles : elles n'admettent pas de partage, et ne souffrent pas de concurrence.

Elles entendent régner d'une façon absolue dans l'âme de leurs adorateurs.

S'agenouiller devant deux autels, partager entre deux

(1) Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 42.

(2) « Consuetudo apud antiquos fuit, ut, qui in familiam vel gentem transiret, prius se abdicaret ab ea in qua fuerat, et sic ab alia recipere-
retur »; Servius, in *Aeneid.*, 2, 156.

(3) Cicéron, s'adressant à Clodius qui avait acquis les Sacra de sa famille d'adoption, sans répudier ceux de sa famille paternelle, lui dit : « Neque amissis sacris paternis, in hac adoptiva venisti. Ita, perturbatis sacris, contaminectis gentibus..., factus es ejus filius... cujus... pater esse potuisti ». *Pra Domo*, XIII.

foyers ses hommages et ses offrandes, c'est plus qu'une impiété : c'est une chose impossible.

Masculinité. — Nous avons vu précédemment que le père de famille est le chef du Culte.

C'est qu'en effet l'exercice du Culte est le privilège des mâles (1).

La femme participe aux Sacra, mais ne les assume pas. Elle assiste aux cérémonies, que préside son père ou son mari, elle ne les accomplit jamais elle-même au nom de la famille. Si elle offre un sacrifice, c'est à titre personnel.

Le caractère de masculinité des religions domestiques est commun à toutes les races indo-européennes (2).

Nous verrons que c'est lui qui explique en Droit Romain l'impossibilité de l'Adrogation des femmes.

Exclusion des Étrangers. — Le troisième principe du Culte était qu'il ne pouvait être rendu aux morts de chaque famille que par les membres de cette famille (3). Les Ancêtres ne voulaient recevoir les offrandes funèbres que des mains de leurs descendants. Les étrangers étaient rigoureusement exclus du tombeau familial et de l'autel domestique.

« Toutes les cérémonies s'accomplissaient au milieu de la famille seule... Il fallait le secret, « *sacrificia occulta* », dit Cicéron. Qu'une cérémonie fût aperçue par un étranger, elle était troublée, souillée par ce seul regard » (4).

Telles étaient, dans leur intégrité reconstituée, les règles auxquelles primitivement était soumis le Culte. Elles s'altérèrent assez vite, semble-t-il. Et nous rencontrerons au cours de cette étude diverses dérogations aux grands principes que nous venons de formuler.

Toutes se rapportent à l'application de la fameuse règle pontificale que nous étudierons plus loin (5). « *Sacra cum pecunia conjuncta sunt* », laquelle incorpora si étroitement le Culte à la propriété qu'il la suivit désormais en quelques mains qu'elle passât.

Désormais la femme *sui juris* qui héritait d'un patri-

(1) « *Scito dominum pro tota familia rem divinam facere ;* » Caton, *De R. R.*, 143.

(2) Cf. Fustel de Coulanges dans *La Cité Antique*.

(3) Naturels et fictifs (ceux-ci étant l'adrogé et l'adopté).

(4) Fustel de Coulanges, *op. cit.*

(5) Voir *infra*, p. 66 et 67, le chapitre de l'Hérédité.

moine hérita donc en même temps des Sacra inclus dans ce patrimoine, contrairement à l'antique prohibition qui écartait son sexe de l'exercice du Culte (1).

De même, dans le domaine de l'Hérédité, on vit attribuer le Culte à des étrangers, n'ayant rien de commun avec la famille dont ils étaient tenus de perpétuer les Sacra. Ce qui constituait une dérogation flagrante au caractère strictement domestique de la Religion privée.

Mais la difficulté est de savoir si la règle pontificale ne s'appliquait qu'aux transmissions pour cause de mort, ou si elle s'étendait aussi aux transmissions entre vifs.

La plupart des auteurs (2) ont tranché la question dans le sens de l'extension la plus large, et considèrent la règle pontificale comme valable pour tous les biens et non seulement pour ceux provenant d'une succession.

Dès le XVIII^e siècle, Georges d'Arnaud disait dans ses *Variarum Conjecturarum libri duo* II. 1 : « Non tantum in acquisitionibus mortis causa pecunia sacra conjuncta erant, sed et inter vivos. »

Ce n'est pas notre avis.

Certes, Cicéron, par qui seul nous connaissons cette règle, emploie au chapitre XXI du *De Legibus* une formule extrêmement générale... « Sacra cum pecunia... conjuncta sunt » Rien, dans un tel énoncé, n'indique une restriction quelconque.

Mais si nous nous reportons au chapitre XIX, nous y trouverons précisées les conditions d'application de la règle : « Hæc jura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut, *ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia venerit* ».

(1) Certains auteurs prétendent à tort que la femme fut toujours incapable d'assurer par elle-même la charge des Sacra. Ainsi, Fustel de Coulanges, *op. cit.*, affirme : « Elle ne peut jamais être chef de Culte ».

Contre cette opinion, nous ne ferons valoir qu'un argument, mais il nous semble irréfutable : c'est l'existence de la *Coemptio Interimendorum Sacrorum causa*... Cette institution, dont nous nous occuperons au chapitre suivant, implique essentiellement une femme ayant la charge des Sacra, et il est impossible de l'expliquer sans ce postulat.

L'inaptitude primitive de la femme au Culte se trouva écartée par la règle pontificale. Lorsqu'on eut décidé que les Sacra et les biens étaient inséparables, il fallut bien admettre qu'une femme qui recevait une hérédité prenait en même temps les Sacra.

(2) Sarigny, Ihering, Marquardt.

Après la lecture de ce passage, aucun doute ne nous semble possible, l'intégration des Sacra aux liens n'avait lieu qu'en cas de succession.

Cette question a une grande importance au point de vue du sort des Sacra dans le mariage *in manum* et dans l'Adrogation.

En effet, si la règle pontificale s'applique aux transmissions entre vifs, lorsqu'une femme *sui juris* se mariait *cum manu*, le mari acquérant ses biens en vertu de la manus, se trouvait en même temps acquérir ses Sacra (1).

De même, l'Adrogeant devait prendre en charge le Culte de l'Adrogé, en recevant son patrimoine.

Comme le mari et l'Adrogeant avaient déjà leur culte propre, ils se trouvaient donc à la tête de deux cultes confondus (2), ce qui était absolument contraire à l'interdiction du mélange des Sacra.

Ce mélange s'opérait aussi pour tous les héritiers externes, qui, déjà titulaires d'un culte, acquéraient celui du *de cuius*.

Ainsi, à partir d'une certaine époque, on n'hésita pas à violer, dans certaines circonstances, les principes les plus formels du Culte. Violations surprenantes, mais pourtant nécessaires. Comme toutes les autres institutions humaines, le Culte dut évoluer, sous peine de périr.

Pour durer, il faut savoir s'adapter, c'est-à-dire se plier aux exigences de la vie, et sacrifier l'accessoire pour sauver l'essentiel.

(1) Ce point sera repris et développé au chapitre du Mariage, Cf. *infra*, p. 26.

(2) Pour notre part, nous ne le croyons pas.

CHAPITRE II

LE MARIAGE

« Le mariage est l'union de l'homme et de la femme, la mise en commun du droit divin et du droit humain. »

MODESTIN.

I

L'OBLIGATION DU MARIAGE

C'est l'importance des *Sacra* chez le peuple romain qui explique l'importance du mariage et sa solennité. Le mariage est la base de la famille. C'est lui qui assure la perpétuité de la race. Or, pour que le Culte soit accompli, il faut que la race dure (1). Le mariage apparaît donc comme une obligation (2).

On ne se préoccupe pas des goûts de l'individu. L'individu n'est rien, qu'un maillon dans une chaîne sans fin. Pris en lui-même, il ne compte pas. Il n'existe que par rapport à ceux qui l'ont précédé et à ceux qui le suivront.

« L'homme ne s'appartenait pas, il appartenait à la famille. Il était un membre dans une série, et il ne fallait pas que la série s'arrêtât à lui (3) ».

Telle est la conception antique, dont la rigueur choque notre individualisme moderne.

Nous considérons aujourd'hui que chaque individu est une fin en lui-même, indépendant de ses ancêtres et de ses successeurs.

Chez les peuples antiques, le célibat était considéré comme une « impiété grave », car le célibataire « mettait en péril le bonheur des mânes de sa famille ».

(1) « Le mariage.... chez les peuples de race Aryenne a une raison d'être spéciale : la procréation des enfants est un moyen d'assurer la perpétuité du culte des ancêtres » ; Cuq, *Institutions Juridiques des Romains*, 1^{re} édition, p. 64.

(2) « On se mariait pour s'acquitter d'une obligation religieuse » ; Bocquet, *Esquisse historique du Célibat dans l'Antiquité*, p. 21, note 3.

(3) Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 51-52.

L'individu est prisonnier de la famille, et il ne peut s'en évader. Il est tenu de s'occuper d'elle avant de songer à lui. Elle est son but et son souci constant.

« L'individu ne peut avoir de volonté vis à vis de la famille, elle n'est pas faite pour lui, il est créé pour elle (1) ». C'est l'asservissement de la personnalité à la collectivité.

Mais un tel esclavage ne saurait exister que dans les sociétés primitives, lorsque l'individu n'a pas encore pris conscience de lui-même et de ses forces, lorsqu'il est encore si bien incorporé au milieu ancestral qu'il ne saurait s'en détacher et concevoir une vie indépendante, ne relevant que de lui seul.

L'homme primitif redoute la solitude. Il se réfugie au sein d'un groupement. Il a besoin d'être encadré. Et non content de subir l'emprise des vivants, il imagine de subir celle des morts. Il invente la tyrannie des Esprits domestiques.

Au lieu de s'évader, il se fait prisonnier volontaire et multiplie ses liens.

C'est par une lente évolution que l'individu se dégage peu à peu de l'emprise familiale, jusqu'à se détacher complètement de la lignée dont il sort.

Les scrupules religieux des Romains primitifs les orientèrent donc vers le mariage obligatoire.

Et l'obligation au mariage fut sanctionnée par des lois.

Il y a eu à Rome deux séries de mesures législatives prohibant le célibat. Mais tandis que la première répondait à des préoccupations religieuses, la seconde eut pour base des considérations économiques et politiques. Primitivement, on voulut forcer les citoyens à se marier pour assurer la transmission des *Sacra Privata*. Plus tard, on voulut les forcer à se marier pour fournir à l'Etat des citoyens et des contribuables. Le point de vue utilitaire remplaça le point de vue religieux.

L'existence en Droit Archaïque de l'obligation au mariage nous est attestée par un texte de Cicéron, *De Legibus*, III, 2 : « *Censores... cœlibes esse prohibento* ».

De son côté, Denys d'Halicarnasse mentionne une ancienne

(1) Bocquet, *op. cit.*, p. 22.

Loi (ὁ ἀρχαῖος νόμος) qui obligeait les jeunes gens à se marier (1).

Nous n'avons malheureusement aucun renseignement sur ces mesures coercitives, ni sur la façon dont elles fonctionnaient,

Il est probable qu'elles produisirent leur effet tant que dura la piété des Romains et tant qu'ils furent soumis aux croyances religieuses. Mais lorsque ces croyances se furent affaiblies, on ne se soucia plus guère d'assurer le bonheur de ses ancêtres ni son propre bonheur posthume par la perpétuité des *Sacra Privata*.

Mourir le dernier de sa race ne fut plus considéré comme une malédiction. L'égoïsme individuel l'emporta sur l'égoïsme familial.

Les considérations religieuses étaient désormais impuissantes à pousser les Romains dans les liens du mariage.

Les mesures coercitives dont nous parlent Cicéron et Denys tombèrent en décadence, n'étant plus soutenues par l'opinion publique. Le célibat se multiplia ; la natalité diminua. A d'autres temps, il fallait d'autres lois. Et c'est alors qu'aux mesures d'inspiration religieuse, on substitua des mesures d'inspiration pratique. On prit en considération, non plus les nécessités du Culte, comme précédemment, mais l'intérêt de l'Etat.

Ces nouvelles législations ne réussirent pas davantage que l'ancienne à enrayer la décadence du mariage.

Ni les efforts de Camille et de Postumius, ni les Lois *Caducares*, n'assurèrent à Rome une éternelle postérité.

(1) *Antiq. Rom.*, IX, 22. « Ὁ γὰρ ἀρχαῖος αὐτῶν νόμος γαμεῖν τε ἠνάγκαζε τοὺς ἐν ἡλικίᾳ ».

Certains auteurs interprètent ce passage dans un sens restrictif, et voient dans la loi en question, non pas une loi générale, applicable à tous les citoyens romains, mais une loi particulière, spéciale à la *Gens Fabia*, à propos de laquelle Denys en fait mention. — Voir en ce sens la Thèse de M. Bocquet, *Esquisse historique du Célibat dans l'Antiquité*, p. 116. — Mais nous avons suivi l'opinion de la majorité des auteurs, pour lesquels cette Loi doit s'entendre comme ayant une portée générale.

II

LA COMMUNIO SACRORUM

1^o *Mariage Cum Manu*

Religieux quant à sa cause, le mariage l'est aussi quant à ses effets. Car une de ses principales conséquences est d'associer la femme aux Sacra du mari. C'est ce qu'exprime la célèbre définition : « Nuptiæ sunt divini et humani juris communicatio ». (1)

Le mariage est avant tout l'association de la femme au Culte du mari : Communio Sacrorum. La femme va devenir « sociæ rei humanæ atque divinæ ». Les époux n'auront qu'un même Culte.

Les ancêtres du mari deviennent ceux de la femme. Et celle-ci les honorera comme si elle descendait réellement d'eux par le sang (2).

Cette communio sacrorum résulte de la Conventio in Manum, inséparable du mariage primitif (3), qui fait entrer la femme dans la famille de son mari, *loco filiæ*...

La Manus avait lieu « usu, farreo cœmptione » (4). Chacun de ces trois modes entraînait donc Communio Sacrorum. Mais le mariage religieux par excellence étant la Confarreatio (5), c'est à elle que nous consacrerons le plus long développement.

Nous ne possédons pas de textes assez nombreux ni assez complets pour nous représenter exactement aujourd'hui la Confarreatio, avec tous ses détails.

(1) Digeste, 23, 2, 1, 15. Denys d'Halicarnasse, 2, 25, cite une loi de Romulus où l'on peut voir l'origine de cette définition : « ἤν δὲ τοιόσδε ἔ νόμος, γυναῖκα γαμετὴν κατὰ γάμους ἱεροῦς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ, κοινωνὸν ἀπάντων εἶναι κρημάτων τε καὶ ἱερῶν ».

(2) « Elle est de leur famille ; ils sont devenus ses ancêtres... Le mariage lui a fait une seconde naissance » Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 47.

(3) Du moins le croyons-nous, avec l'opinion la plus répandue.

(4) Gaius, I. I, 110.

(5) « In sacris nihil religiosius confarreationis vinculo », Pline, *Histoire Naturelle*, 18-3-110.

Nous savons par Tacite que c'était un acte très compliqué (1).

D'après les renseignements qui nous sont parvenus, la *Confarreatio* comprenait trois éléments : un sacrifice, des paroles solennelles, la présence de dix témoins (2).

La partie principale était le sacrifice (3), qui consistait dans l'offrande d'un pain de farine d'épautre (4). D'après certains auteurs, ce pain était partagé entre les époux et mangé par eux (5). Peut-être était-il plutôt offert à Jupiter, l'offrande nuptiale étant dédiée à ce dieu (6).

Au sacrifice assistaient le Pontifex Maximus et le Flamen Dialis (7). Leur présence avait pour but de constater la validité du mariage, car de cette validité dépendait la régularité de la transmission des *Sacra*.

Où avait lieu la *Confarreatio*? Était-ce au foyer de l'époux, devant l'hôtel domestique? (8) La présence du Grand Pontife semble indiquer que non, car il est peu probable qu'il se fût dérangé pour se rendre chez les particuliers.

Karlowa pense donc que la *confarreatio* s'opérait aux *Comices* (9). Mais les femmes sont exclues de ceux-ci. Et Aulu-

(1) Parmi les raisons qui avaient fait tomber la *confarreatio* en désuétude à l'époque de Tibère, il cite « *ipsius ceremoniæ difficultates* » An., 4-16.

(2) « *Farreo in manum conveniunt (feminæ) per quoddam genus sacrificii, quod Jovi farreo fit... sed cum plura praeterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, praesentibus decem testibus aguntur et fiunt* » Gaius, I. I, 112. — « *Farreo convenitur in manum certis verbis... et testibus X, praesentibus et solemnibus sacrificio facto* » Ulpian IX.

(3) Gaius dit en effet que la *confarreatio* a lieu « *per quoddam genus sacrificii* ».

(4) « *Quoddam genus sacrificii in quo farreus panis adhibeatur* » Gaius, *loc. cit.* « *Sollenni sacrificii facto, in quo panis quoque farreus adhibeatur* » Ulpian, *loc. cit.*, Servius, in *Georg.*, 1, 31, parle d'une « *mola sals* » qui désigne évidemment la même chose...

(5) « *Les deux époux... mangent ensemble un gâteau de fleur de farine... Ce gâteau mangé au milieu de la récitation des prières... est ce qui fait l'union sainte de l'époux et de l'épouse* ». Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 47.

(6) « *Quoddam genus sacrificii, quod Jovi farreo fit* » Gaius, *loc. cit.*

(7) « *Farre nuptiae fiebant cum per Pontificum Maximum et Dialem Flaminem* » Servius, in *Georg.*, I. 31.

(8) « *L'épouse est conduite devant le foyer (de la maison du mari), là où sont les pénates, où tous les dieux domestiques et les images des ancêtres sont groupés autour du feu sacré* » Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 46.

(9) *Römische Reichsgeschichte*, II, 155.

Gelle prétend même que c'est à cause de cette exclusion qu'elles ne peuvent pas être adrogées (1). Ne pouvant être adrogées dans les Comices, comment pourraient-elles y être mariées ?

Il est donc plus satisfaisant de penser que le sacrifice nuptial était célébré dans le temple de Jupiter (2), puisque c'est à ce dieu qu'était consacré le panis farreus.

Faisaient sans doute aussi partie de la Confarreatio, à l'origine, certaines cérémonies que l'on retrouve dans tous les mariages à l'Epoque classique : la deductio in domum, l'interrogation de l'épouse et sa réponse solennelle, la communication de l'eau et du feu (3).

La jeune fille était conduite processionnellement jusqu'à la maison de son futur époux. Celui-ci l'attendait sur le seuil. Et c'est probablement à ce moment-là que s'opérait le changement de famille et de culte.

Le changement de famille entraînant celui de culte est indiqué par le changement de nom. Le mari demande à la jeune femme : « Comment t'appelles-tu ? » Et elle lui répond : « Ubi tu Gaius, ego Gaia » (4).

Par cette réponse, elle brise les liens qui l'attachaient à sa famille paternelle et entre dans celle de son mari.

Celui-ci lui communique alors l'eau et le feu (5), geste d'un symbolisme assez obscur, où nous inclinerions à voir une cérémonie d'initiation religieuse, l'acte précis par lequel s'opère la Communio Sacrorum. L'eau et le feu

(1) « Neque pupillus autem neque mulier... adrogari possunt quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est » Aul-Gel., V, 19, § 10.

(2) Y avait-il un temple spécial pour Jupiter Farreus ? C'est probable, puisqu'à Rome chaque incarnation d'une divinité avait son temple particulier.

(3) Pour cette communication, nous avons le témoignage précis de Servius, Ad Aen, 4, 10, 3.

(4) « Ὁπου σὺ Γαῖος, ἐγὼ Γαῖα » Plutarque, Q. R. 30. « Gaius » a-t-il ici la valeur d'un Gentilice, comme le veut Mommsen ? C'est peu probable, car la formule est assurément très ancienne, et doit remonter à l'époque où le mariage n'avait lieu qu'entre personnes de la même Gens, et où la femme, par conséquent, portant déjà le même nom gentilice que son mari, ne changeait pas de nom en se mariant. C. f. Karlowa, *op. cit.*, p. 157.

(5) « Aqua et igni... accipiuntur nuptæ. » Festus v° Aqua « In manum conventio eo ritu perficitur ut aqua et igni adhibitis, duobus maximis elementis, natura conjuncta habeatur, quæ res ad farreatas nuptias pertinet. Servius, ad. Aen. 4, 103.

jouaient en effet un rôle prépondérant dans l'exercice du Culte (1). Et la torche que l'époux transmet à l'épousée symboliserait assez bien, nous semble-t-il, le feu de l'autel domestique qu'elle entretiendra désormais avec lui.

Le lendemain du mariage, la jeune femme offrait son premier sacrifice aux dieux de sa nouvelle famille (2), marquant ainsi que la *Communio Sacrorum* était établie entre elle et son mari.

Nous venons d'étudier la *Confarreatio*. Restent les autres formes de mariage *Cum manu* : la *Coemptio* et l'*Usus*.

Les discussions sur l'origine (3) de ces deux mariages n'intéressent pas directement notre sujet. Ce qui nous importe, c'est qu'il y a ici, comme dans la *Confarreatio*, création de la *Manus*, entraînant changement de famille pour la femme, donc changement de culte.

Dans la *Coemptio*, en particulier, ce changement de famille est nettement indiqué par l'emploi de la formule « *Ubi tu Gaius, ego Gaia* » (4).

Avant d'entrer dans la famille de son mari, la femme appartenait à la famille de son père. Elle avait donc déjà des *Sacra*, qui étaient ceux de sa famille paternelle.

Que vont-il devenir ?

Envisageons successivement les *Sacra Gentilicia* et les *Sacra Familiaria*.

C'est une règle essentielle de la Religion Privée que nul ne peut avoir deux Cultes à la fois, la confusion des Cultes entraînant une perturbation grave.

(1) « Le feu, c'est l'emblème de la divinité domestique ; l'eau, c'est l'eau lustrale qui sert à la famille pour tous les actes religieux ». Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 46. Il est vrai qu'ils représentent aussi les deux éléments nécessaires à la vie quotidienne, et que c'est à ce titre qu'ils étaient interdits aux bannis.

(2) « *Postridie autem nuptam... oportet... rem facere divinam* » Macrob. Saturn., I, XV.

(3) Pour la *coemptio* entre autres, on discute la question de savoir si c'était à l'origine une vraie vente, thèse qui s'appuie sur le droit comparé, où l'on rencontre de nombreux exemples d'achats de l'épouse chez les peuples primitifs, ou si ce fut toujours, au contraire, une vente fictive, une *imagitaria venditio*, la *materfamilias*, à Rome, jouissant d'une situation particulièrement honorée qui laisse difficilement croire qu'elle ait jamais pu être une esclave achetée par son mari.

(4) Cicéron, *Pro Murena*, XII, 27.

Puisque la femme en se mariant acquiert le Culte de la Gens de son mari, elle devra donc d'abord abandonner le culte de sa Gens paternelle (1). Et cela d'autant plus, qu'en entrant dans la Gens de son mari elle devient étrangère à la sienne : or les étrangers n'ont pas accès aux cérémonies du culte Gentilice.

De même, nous le verrons plus tard, l'Adrogé, qui acquiert le culte Gentilice de l'Adrogeant, doit renoncer au sien. Comment se fait cette renonciation ? Par un procédé assez obscur : la *Detestatio Sacrorum*.

La femme en se mariant, devait-elle accomplir elle aussi une *Detestatio Sacrorum* ? C'est l'avis de M. Cuq, au moins dans la Première édition de ses *Institutions Juridiques* : « La femme qui se mariait hors de sa Gens, devait être détachée du groupe dont elle faisait partie, et rattachée à la Gens de son mari. Il fallait pour cela une *Sacrorum Detestatio*, comme dans l'Adrogation » (2). Mais il y a à ce système une objection très grave, dont M. Cuq ne semble pas s'être préoccupé : c'est que la *Detestatio Sacrorum*, nous le verrons plus loin, s'opère *in Calatis Comitibus* (3). Or, l'accès des Comices est interdit aux femmes (4).

Il n'y avait donc pas pour elles à proprement parler *Detestatio Sacrorum*. Il y avait seulement renonciation non publique. L'abandon de son Culte par la femme était une cérémonie privée. Comment s'opérait cette cérémonie ? Nous l'ignorons. Mais on peut supposer que devant le foyer paternel qu'elle allait quitter pour toujours, la jeune fille, par des formules appropriées, déclarait renoncer à ses dieux particuliers.

Elle devenait étrangère au culte de sa Gens, et pouvait alors être rattachée aux *Sacra* de son mari par les cérémonies religieuses du mariage que nous avons décrites plus haut.

(1) Pendant longtemps, cet abandon n'eut pas lieu de s'exercer, car il était interdit aux femmes de se marier hors de leur Gens. C'est sans doute sous l'empire de la nécessité, lorsque les membres de chaque Gens furent devenus trop peu nombreux pour se marier entre eux, qu'on finit par admettre le mariage entre personnes appartenant à des Gens différentes : *Gentis Enuptio*.

(2) T. I, p. 217.

(3) « In iisdem Comitibus, quae Calata appellari diximus et *Sacrorum Detestatio*, et *Testamenta fieri solebant* ». *Aul.-Gel.*, XV, 27.

(4) « Cum feminis nulla Comitiorum communio est ». *Id.*, V, 19, § 10.

Quant aux *Sacra Familiaria*, leur sort dépend de la condition de la femme.

Si elle est *Alieni Juris* — et c'est le cas le plus fréquent — pas de difficulté : elle perdra son Culte de Famille, comme son Culte Gentilice, et par une cérémonie semblable.

Mais si, au contraire, elle est *Sui Juris* et à la tête d'un patrimoine, va-t-on appliquer le principe « *Sacra Cum pecunia conjuncta sunt* », et décider qu'elle apportera ses *Sacra* à son mari, en même temps que son patrimoine ?

C'est l'opinion de Savigny (1), qui s'appuie sur un texte de Cicéron (2).

Mais si l'on admet que la règle pontificale doit être restreinte aux Successions, tout change : le mari acquerra seulement les biens et la femme abdiquera ses *Sacra* comme précédemment. Il n'y aura donc aucune distinction à faire entre la femme *Sui Juris* et la femme *Alieni Juris*.

Quelle est la théorie la plus satisfaisante ? Malgré l'autorité des partisans de la première, il semble bien que ce soit la seconde, car, outre qu'elle respecte le principe de l'unité des Cultes, nous avons déjà démontré qu'elle seule est conforme à ce que dit Cicéron, *De Legibus*, II, XIX.

Nous pensons que le Mariage *Cum Manu* détacha toujours la femme de son Culte paternel, pour l'assimiler entièrement au Culte de son mari.

Le mariage a donc réalisé entre les époux la *Communio Sacrorum*.

Mais cette *Communio* survivra-t-elle à sa dissolution ?

Une distinction s'impose, suivant que l'union est dissoute par le divorce ou par la mort.

Dans le cas du Divorce, la *Communio Sacrorum* était rompue. La femme déclarait renoncer aux dieux de son mari (3), et prononçait contre eux des formules de malédiction.

(1) Adoptée par Mommsen et Marquardt, ainsi que par Jhering. « Si elle est *Sui Juris*, et qu'elle ait acquis les biens paternels avec les *sacra*, patrimoine et *sacra* passent en même temps au mari », Marquardt, *Le Culte chez les Romains*.

(2) « *Cum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine* », Topiques, 4, 23.

(3) Cette renonciation solennelle est un des principaux actes de la *Differentio*.

En conséquence, elle devait donc reprendre les siens et retourner au culte paternel.

Rien de plus logique, puisque le divorce fait sortir la femme de la famille de son mari et la fait rentrer dans celle de son père (1). Cessant d'être la fille de son mari, elle cesse d'avoir fictivement les mêmes ancêtres, et n'a plus de raison de prier sur un autel qui n'est plus le sien.

Les époux redeviennent étrangers l'un à l'autre : il ne peut plus rien y avoir de commun entre eux.

Mais quand le mariage était dissous par la mort du mari, la femme n'en continuait pas moins à prier sur l'autel de celui-ci et gardait pour le reste de sa vie le Culte qu'elle avait adopté en se mariant.

En effet, à la mort de son mari, elle ne retourne pas dans sa famille d'origine. Elle demeure dans la famille de son mari. La parenté fictive que la Manus avait créée entre eux subsiste intacte. Elle ne redevient pas une étrangère comme dans le cas précédent. Elle est dans la situation d'une fille orpheline. Les Ancêtres de son mari sont toujours réputés les siens : elle les adorera donc toujours.

La persistance de la *Communio Sacrorum* après le décès du mari ne cessera qu'en un cas : c'est celui des secondes noces.

Lorsque la veuve se remarie — hypothèse très rare dans les temps archaïques —, puisqu'elle adopte le Culte de son nouvel époux, il est bien évident qu'elle ne peut conserver le Culte du premier, et qu'elle devra d'abord y renoncer, tout comme nous avons vu qu'elle renonça au Culte paternel avant de se marier pour la première fois.

2^e Mariage *Sine Manus*

Nous n'avons envisagé jusqu'ici que le mariage primitif, le mariage *Cum Manus*, c'est à dire celui qui fait sortir la femme de sa famille paternelle pour la faire entrer dans la famille de son mari. Et nous venons de voir que ce mariage réalise entre les époux la communauté de Culte.

(1) A l'origine du divorce, quand il était la punition d'un délit de la femme il n'est pas sûr que la femme rentrât dans sa famille paternelle : elle était une coupable qu'on chassait et peut-être tous les liens familiaux étaient-ils brisés pour elle. Elle se serait donc trouvée hors de toute famille et n'aurait plus eu de dieux. Elle n'était plus digne de participer à un Culte. Cette privation de Culte aurait été un des châtimens de la faute qui avait entraîné le divorce.

Mais si nous abordons maintenant le mariage *Sine Manu*, qui laisse la femme dans sa famille d'origine, allons-nous retrouver cette communauté ?

Un certain nombre d'auteurs — Accarias et M. Cuq entre autres — le soutiennent.

Accarias, il est vrai, établit une distinction entre la communauté de Culte résultant du mariage *Cum Manu* et celle qui résulterait du mariage *Sine Manu*.

Dans ce dernier cas, la femme ne ferait qu'emprunter le Culte du mari. « Ce Culte ne devient pas le sien » (1). Elle n'y participerait qu'*en fait*. Tandis que si l'union conjugale est accompagnée de la manus, « le Culte du mari devient vraiment *en droit* celui de la femme » (2).

En résumé, dans le mariage sans Manus, la participation de la femme aux Sacra du mari serait une participation de fait, et non de droit.

Distinction subtile, et que nous repoussons.

Quant à M. Cuq, il n'établit aucune distinction, et affirme purement et simplement l'existence de la *Communio Sacrorum* en toutes circonstances. « Que le mariage eût lieu avec ou sans manus, la femme était toujours associée au culte domestique de son mari..... Il n'y a pas corrélation forcée entre le Culte et la manus » (3).

M. Charmont dans sa thèse (4) est tout aussi catégorique : « A toutes les époques de la législation romaine, dit-il, la participation de la femme à la religion du mari fut une conséquence nécessaire du mariage ».

A notre avis, ces théories ne sauraient être admises. Nous n'hésitons pas à affirmer que dans le mariage *Sine Manu*, il n'y avait pas de communauté de culte. Et cela pour deux raisons :

1^o Les étrangers sont rigoureusement exclus du culte familial ; leur présence troublerait les cérémonies. Or, dans le mariage *Sine Manu*, la femme est étrangère à la famille de son mari. Si elle participait aux Sacra de celui-ci, il y aurait donc *Perturbatio Sacrorum* (5).

(1) Accarias, *Précis de Droit Romain*, n^o 79.

(2) Id.

(3) *Institutions Juridiques des Romains*, 1^{re} édition, p. 223 (t. I).

(4) Etude sur les Res Religiosæ et la Transmission des Sacra Privata, p. 23.

(5) Cf. Lescœur, *Des Sacra Privata chez les anciens Romains*.

2° Nul ne peut avoir deux Cultes à la fois. Or, si le mariage *Sine Manu* réalisait la *Communio Sacrorum* entre les époux, la femme se trouverait avoir deux Cultes : celui de son mari, qu'elle acquerrait en se mariant, et celui de sa famille paternelle, qu'elle conserverait, puisqu'elle reste dans cette famille (1).

Ces deux raisons nous semblent décisives. Nous avons d'ailleurs pour nous l'autorité de Girard, qui déclare expressément que dans le mariage *Sine Manu* « il n'y a de communauté ni de culte ni de biens » (2).

La *Communio Sacrorum* ne peut être qu'une conséquence de la *Manus*, tel est notre point de vue.

Pour M. Cuq, « c'était la conséquence du sacrifice offert par la femme aux aïeux de la famille, et de la cérémonie de l'eau et du feu » (3). Cette opinion, à notre avis, repose sur une confusion. La communauté de Culte *se réalise en fait* par des cérémonies religieuses, mais elle *résulte en droit* de la *Manus*. Les cérémonies ne font que consacrer l'effet de la *Manus* : c'est parce que la *Manus* entraîne la *Communio Sacrorum* que l'on va procéder aux cérémonies nécessaires pour établir en fait cette *Communio* (4).

(1) « Lorsque l'homme n'acquerrait pas la *manus* sur la femme, celle-ci devenait-elle prêtresse au foyer de son mari, ou sacrifiait-elle encore dans son ancienne famille ? Cette dernière hypothèse nous paraît beaucoup plus vraisemblable ; nul ne peut s'agenouiller devant deux autels différents ; or, la femme mariée sans convention in *manum* reste dans son ancienne famille, elle continue à invoquer ses propres ancêtres, comment donc aurait-elle pu invoquer la protection d'autres divinités ? » Jouault, *op. cit.*, p. 59.

(2) Manuel, 6^e édition, p. 151, note 1.

(3) *Institutions Juridiques des Romains*, 1^{re} édition, p. 223.

(4) En résumé, M. Cuq pense qu'il y a *Communio Sacrorum* parce qu'il y a cérémonies religieuses. Et nous, nous pensons qu'il y a cérémonies religieuses parce qu'il y a *Communio Sacrorum*. Notre opinion nous semble corroborée par cette phrase de Jhering : « le mariage... fondait une communion religieuse entre les époux, et pour ce motif, recevait une consécration religieuse ».

Il est vrai que le mariage *Sine Manu* s'accompagnait lui aussi de certaines cérémonies ; il comportait entre autres la communication de l'eau et du feu ; celle-ci a vraisemblablement duré autant que le mariage païen, car Plutarque la mentionne encore dans ses *Questions Romaines* (I).

Mais qu'est-ce que cela prouve ? Tout simplement que les cérémonies ont survécu à la *Communio Sacrorum*.

On connaît assez l'esprit traditionnaliste des Romains pour ne pas s'étonner qu'ils aient conservé, à une époque où le mariage n'entraîne plus communauté religieuse, les rites extérieurs qui consacraient pri-

D'après M. Charmont, « au temps du droit classique, où la manus n'existait plus, cette participation au Culte était le résultat d'un contrat purement civil » (1).

Qu'un tel contrat ait pu produire des effets religieux, c'est ce que nous ne saurions admettre.

Nous sommes persuadé que la *Communio Sacrorum* a pour base la fiction qui fait de la femme *in manu* la fille de son mari. C'est parce que la femme devient la fille de son mari qu'on l'associe au culte de celui-ci.

Pourquoi adorera-t-elle les ancêtres de son mari, sinon parce qu'on la considère fictivement comme leur descendante ?

Si l'on nous oppose la définition de Modestin (2), qui, à une époque où le mariage sans Manus est à peu près le seul usité, parle cependant de « *divini juris communicatio* », nous répondrons avec Girard que Modestin a gardé par routine les expressions traditionnelles en usage avant lui, sans se soucier de ce qu'elles étaient devenues fausses au temps où il écrit (3).

Sa définition ne prouve rien, sinon la force de la tradition, qui perpétue le souvenir des effets religieux du mariage en un siècle où ces effets sont abolis depuis longtemps. « Pour l'époque ancienne, elle était une vérité ; pour l'époque postérieure, qui nous l'a transmise, elle n'était plus qu'une réminiscence » (4).

L'apparition du mariage *Sine Manu* a donc eu, du point de vue qui nous occupe, de graves conséquences.

mitivement cette communauté. Ces rites s'étaient si bien incorporés au mariage qu'on ne les en sépara point quand il cessa de produire des effets religieux.

Ils subsistèrent à titre d'usages, et pour distinguer le mariage des simples unions de fait. On oublia complètement leur origine et leur sens primitif.

C'est ainsi que Plutarque se demande : « pourquoi communique-t-on l'eau et le feu à la nouvelle mariée ? » Il fait à ce sujet toutes sortes d'hypothèses : à aucun moment, il n'émet l'idée que cette communication puisse se rattacher à la *communio Sacrorum*. Ce qui prouve bien, nous semble-t-il, qu'à son époque cette *communio* n'existait plus depuis longtemps.

(1) *Op. cit.*, p. 23.

(2) Accarias, *op. cit.*, Charmont, *op. cit.*

(3) Alors que le divorce sévit d'une manière intense, n'appelle-t-il pas le mariage, dans la même définition, « *consortium omnis vitæ* » ? Cela suffit à démontrer le peu d'exactitude des termes qu'il emploie.

(4) Ihering, *l'Esprit du Droit Romain*, trad. Meulenaere.

Elle a entraîné une rupture de l'unité religieuse de la famille.

Jusque-là, tous les membres de la communauté familiale étaient étroitement associés dans le même culte. On n'aurait même pas conçu la possibilité que des personnes vivant dans la même *domus* n'eussent pas les mêmes dieux.

Le lien religieux était un des plus forts (1) de la famille antique, un de ceux qui contribuaient le plus à assurer sa parfaite cohésion.

Et voilà que ce lien va se trouver brisé.

Un des principaux membres de la famille, la femme, la mère, va cesser de participer au culte commun.

Tandis que son mari, ses enfants, ses esclaves, se réuniront autour de l'autel domestique pour célébrer ce culte, elle se retirera, elle fuira les cérémonies qui vont s'accomplir, elle sera celle dont l'importune présence irriterait les ancêtres.

Et, d'autre part, toutes les fois que sa propre famille procédera à l'exercice du culte, elle désertera le foyer conjugal, pour rejoindre ses parents et offrir avec eux le sacrifice rituel.

Que conclure d'une situation aussi étrange, sinon que le mariage *Sine Manu* n'est pas une institution primitive, et n'a pu apparaître qu'à une époque où le lien religieux se relâchait déjà ?

III

LA COEMPTIO INTERIMENDORUM SACRORUM CAUSA

Nous venons de voir le rôle important que les *Sacra* jouaient dans le mariage.

C'est au *Sacra* également que se rattache le plus ancien exemple de *Coemptio Fiduciaire* (2). Nous voulons parler de la fameuse institution mentionnée par Cicéron dans le *Pro*

(1) Fustel de Coulanges va même jusqu'à dire : le lien unique.

(2) Nous avons rattaché au mariage l'étude de cette institution, parce que, sans constituer un mariage à proprement parler, elle emprunte cependant une des formes du mariage. Certains auteurs (Girard-Karrow) en font d'ailleurs un mariage véritable.

Murena, XII, 27 : « *Sacra interire illi (maiores) noluerunt : horum (jurisconsultorum) ingenio senes ad coemptiones faciendas reperti sunt* ».

De la lecture de ce texte, ressortent immédiatement les deux points suivants :

1^o il s'agit de faire périr les *Sacra* ;

2^o il s'agit de les faire périr au moyen de la *Coemptio*.

Mais c'est là tout ce qu'il nous indique... Comment s'opérait cette destruction des *Sacra*, il ne l'expose nullement. Et ce sont les commentateurs modernes qui ont imaginé toute une série d'explications plus ou moins ingénieuses.

Tout le monde s'accorde aujourd'hui à voir dans la *Coemptio Interimendorum Sacrorum Causa* un expédient destiné à éluder au profit d'une femme héritière la charge des *Sacra* (1).

Une femme *Sui Juris* hérite. Avec les biens de l'hérédité, elle recueille les *Sacra* du défunt, en vertu de la règle « *Sacra cum pecunia cuncta sunt* ».

La charge du Culte l'importune, et elle voudrait s'en débarrasser, tout en gardant les biens.

Elle arrivera à ce résultat en faisant avec un vieillard une *Conventio in Manum*.

Le mot « *Coemptio* » employé par Cicéron doit être pris dans son sens naturel et normal de mode de constitution de la *Manus*, et non dans celui de « vente », comme le faisaient autrefois certains commentateurs, qui arrivaient ainsi à des explications absurdes.

Savigny, qui a spécialement étudié la *Coemptio Interimendorum Sacrorum Causa* (2), a établi d'une façon définitive qu'il y a bien ici *Conventio in Manum*, réalisée par une *Coemptio*.

Mais qu'est-ce que cette *Coemptio* ?

Est-ce un vrai mariage ? ou, comme nous l'avons dès l'abord posé en principe, une *Coemptio fiduciaria* ?

Avant la découverte des *Institutes* de Gaius, qui ont révélé l'existence de *Coemptiones fiduciaris*, on ne pouvait voir dans la *Coemptio Interimendorum Sacrorum*

(1) Nous verrons au chapitre de l'Hérédité quels autres moyens furent imaginés dans le même but d'éviter les *Sacra*, et qui, ceux-là, étaient accessibles aux hommes.

(2) *Vermischte Schriften*, I, 190.

causa qu'un mariage véritable. C'était l'opinion de Savigny lui-même en 1812 (I^{re} Edition des « *Vermischte Schriften* »).

La découverte du manuscrit de Vérone a changé ce point de vue. Gaius nous apprend en effet que la Coemptio peut avoir lieu non seulement *Matrimonii causa*, ce qui est le cas le plus fréquent, mais aussi *fiduciæ causa* : « Aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciæ » (I. I. 114). La Coemptio est dite fiduciaire lorsqu'elle est faite dans un but autre que le mariage : « Quæ vero alterius rei causa facit coemptionem... dicitur fiduciæ causa fecisse coemptionem » (*Id.*). Lorsqu'il en est ainsi, la Manus se trouve constituée au profit d'un tiers : « Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo » (*Id.*).

C'est en s'appuyant sur ce texte de Gaius que l'on range presque unanimement aujourd'hui la Coemptio Interimendorum Sacrorum Causa au nombre des Coemptiones Fidu-
ciaires (1).

Gaius, il est vrai, ne la cite pas. Mais son silence s'explique par une double raison : d'abord, il ne donne que des exemples de Coemptiones fiduciaires et ne prétend pas les énumérer toutes.

Ensuite, et surtout, la Coemptio Interimendorum Sacrorum Causa avait certainement disparu à son époque, par suite de la décadence des Sacra.

Un raisonnement très simple nous permet d'ailleurs d'affirmer que nous sommes bien ici en présence d'une Coemptio fiduciaire : en effet, Gaius nous indique que la Coemptio est *fiduciæ causa* toutes les fois qu'elle n'est pas faite *matrimonii causa* ; or la Coemptio dont parle Cicéron, puisqu'elle a lieu Interimendorum Sacrorum causa, n'est pas faite *matrimonii causa* ; donc, en vertu de la définition de Gaius, elle ne peut être que *fiduciæ causa*.

Cependant, quelques auteurs ont persisté à faire de la Coemptio Interimendorum Sacrorum causa un mariage véritable, notamment Karlowa (2), dont Girard adopte la thèse (3).

(1) Savigny, en 1850, a rectifié sa théorie dans ce sens. (Seconde Edition des *Vermischte Schriften*).

(2) *Römische Rechtsgeschichte*, I, 170.

(3) *Manuel*, p. 160, n. 4.

Pour Karlowa, la Coemptio mentionnée par Cicéron dans le Pro Murena ne saurait être une Coemptio fiduciaire, parce qu'une telle Coemptio, étant un acte simulé, aurait été nulle comme contraire au droit, et n'aurait pu produire aucun effet (1).

Mais cette objection ne tient pas.

Car nous avons en Droit Romain de nombreux exemples d'actes simulés parfaitement valables : tels sont l'In Jure Cessio, les mancipationes fiduciaires de l'Adoption, de l'émancipation et de l'affranchissement, tels sont surtout les deux autres cas de Coemptiones fiduciaires décrites par Gaius (2), et dont l'existence n'est pas contestable.

Les actes simulés, c'est-à-dire l'utilisation formelle de certains actes juridiques pour produire un effet non prévu par le droit ou même défendu par lui ne sont donc pas nuls comme le soutient Karlowa. Ce sont d'ailleurs des moyens assez grossiers, qui ne trompent personne, et dont la réalisation suppose la complicité de tous ceux qui y participent : complicité des juristes qui les conseillent, complicité des magistrats qui les sanctionnent, complicité des particuliers qui les emploient.

Personne n'est dupe. Mais comme tout le monde a intérêt à ce que l'effet voulu soit produit, on attribue aux actes simulés la même valeur que s'ils étaient réels.

Ils tirent leur force de leur utilité et de leur acceptation par tous les interprètes autorisés du droit.

Il nous reste maintenant à examiner le point le plus délicat, c'est-à-dire l'effet de cette Coemptio fiduciaire et la façon dont elle va entraîner la disparition des Sacra, disparition qui est son but.

Le texte de Cicéron est très net : il s'agit de *détruire* les Sacra, et non de les transférer.

Or, c'est à un transfert seulement qu'aboutit le système

(1) *Op. cit.*, *loc. cit.*, note 1.

(2) I, I, 115. [A noter que dans le passage du Pro Murena déjà cité, outre l'expédient de la Coemptio Interimendorum Sacrorum Causa, Cicéron mentionne un autre expédient inventé par les jurisconsultes pour affaiblir la tutelle des femmes : « hi invenerunt genera tutorum, quæ potestate mulierum continerentur ». Ce pourrait bien être le premier cas de Coemptio fiduciaire décrit par Gaius « Si qua (mulia) velit quos habet tutores deponere et alium nanscici, illis auctoribus coemptionem fecit, etc... »

imaginé par Savigny. D'après ce système, les choses se seraient passées de la manière suivante : en vertu de la Coemptio, et par l'effet de la Manus qui en résulte, le patrimoine de la femme va passer au Coemptionator. Et comme Savigny, partisan de l'extension aux transmissions entre vifs de la règle « *Sacra cum pecunia conjuncta sunt* », admet, nous l'avons vu, que la femme *Sui Juris* qui apporte un patrimoine à son mari lui apporte en même temps les *Sacra* dépendant de ce patrimoine, il suppose que c'est ce qui a lieu ici, le vieillard coemptionator jouant au point de vue de la Manus le même rôle qu'un mari. Les *Sacra* de la femme vont donc se trouver transportés sur sa tête, et s'éteindront avec sa mort, si on a pris la précaution de le choisir sans héritiers.

D'autre part, la femme a eu soin de joindre à la Convention in Manum un Pacte de fiducie, par lequel le vieillard s'engage : 1° à l'affranchir aussitôt en la remancipant ; 2° à lui restituer les biens qu'il a reçus d'elle.

La femme est ainsi garantie contre la mauvaise foi possible du Coemptionator.

Tenu par ce Pactum Fiduciæ, le vieillard affranchit la femme, puis lui repasse les biens : s'il les repassait en bloc, les *Sacra* feraient retour à la femme et le but de l'opération serait manqué ; il les rendra donc un par un, et comme les *Sacra* n'accompagnent pas un bien isolé, mais l'ensemble du patrimoine, la femme recouvrera l'hérédité libérée des *Sacra*.

Telle est l'opinion de Savigny quant à l'effet de la Coemptio sur le sort des *Sacra*.

Cette opinion ne nous paraît pas satisfaisante, car elle ne respecte pas le sens précis des paroles de Cicéron : celui-ci parle d'une destruction des *Sacra*, non d'un simple changement de titulaire (1).

Plus critiquable encore est un second système adopté par certains auteurs (2) qui, encourageant d'abord la même objection que celui de Savigny, en mérite encore un autre.

(1) Une autre objection à faire au système de Savigny est la difficulté pratique que présenterait la restitution des biens un par un pour une fortune un peu étendue ; cette restitution laisserait d'ailleurs irrésolu le problème des dettes.

(2) Lescœur, dans son ouvrage déjà cité. Jouault et Charmont dans leurs thèses.

Tandis que d'après Savigny qui, sur ce point, nous semble avoir entièrement raison, la femme est déjà en possession des biens héréditaires et grevée des Sacra, les partisans de ce second système supposent au contraire qu'elle n'a pas encore fait adition de l'hérédité au moment où elle se donne en Coemptio. Elle fera adition sur l'ordre du Coemptionator et « c'est le Coemptionator qui par elle deviendra héritier », puisque la femme *in Manu* n'acquiert pas pour elle, mais pour celui qui l'a sous sa Manus. C'est donc au vieillard que seront dévolus les Sacra, puisque ceux-ci incombent à l'héritier.

D'après cette interprétation, la femme n'aura donc jamais eu la charge des Sacra : ils seront passés directement au Coemptionator. Tandis que d'après Savigny c'est la femme qui apporte au vieillard les biens et les Sacra.

Il semble bien que ce soit Savigny qui ait raison, car l'intérêt de la femme est d'accepter immédiatement la succession, afin de n'être pas évincée par un Usucapant (1).

L'essentiel est d'abord de s'assurer les biens : on avisera ensuite au moyen de se débarrasser des Sacra.

Si la femme attend qu'elle ait trouvé un vieillard com plaisant, et que ce vieillard lui ait donné ordre de faire adition, n'est-il pas à craindre qu'un tiers usucape l'hérédité ? Voilà pourquoi nous inclinons à croire que c'est seulement une fois en possession des biens héréditaires — donc toute menace d'Usucapion s'étant évanouie — que la femme va chercher qui pourra la débarrasser du Culte.

Quant au Coemptionator, il acquiert les biens héréditaires non pas en vertu de l'ordre qu'il donnera à la femme de faire adition, mais en vertu de la convention *in Manum*. Car c'est l'effet de la Manus de transmettre à celui qui l'exerce le patrimoine de celle sur qui elle s'exerce.

Intérêt d'une prompte acceptation : tel est l'argument que nous avons invoqué tout à heure quand il s'agissait d'une héritière externe.

Mais si nous envisageons maintenant l'hypothèse d'une héritière sienne — hypothèse qui semble avoir complètement échappé à nos contradicteurs, bien qu'elle soit pour le moins aussi fréquente que l'autre — plus n'est besoin de

(1) Voir au chapitre de l'Hérédité l'Usucapion Pro Herede.

justifier notre théorie : elle s'impose comme une nécessité. Le vieillard ne saurait acquérir les biens et les *Sacra* en donnant ordre de faire adition, puisque l'adition n'existe plus ici. L'héritière sienne est saisie des biens dès le jour de l'ouverture de la Succession. Et c'est la *Conventio in Manum* et elle seule qui pourra les transmettre au *Coemptiator*.

Tout différent des deux précédents est le système de *Karlowa*.

Avec ce système, le sens du texte de Cicéron est respecté : il y aura bien destruction des *Sacra*.

Pour expliquer cette destruction, *Karlowa* fait appel à l'idée de *Capitis Deminutio*. La *Conventio in Manum* entraînera pour la femme une *Capitis Deminutio Minima* par changement de famille, et les *Sacra* se trouveront éteints avec la famille ancienne.

Mais nous ne pouvons admettre cette explication, car notre opinion est que la *Conventio in Manum*, jusqu'à l'Epoque Classique, n'entraîne pas *Capitis Deminutio*.

Cette idée, déjà émise par Krüger (*Geschichte der Capitis Deminutio*, p. 81) a été reprise et développée tout au long par M. Desserteaux dans ses « Études sur la formation historique de la *Capitis Deminutio* » (t. I, p. 39 à 65).

A l'Epoque Classique, Gaius expose qu'il y a 3 cas de *Capitis Deminutio Minima* : la *Conventio in Manum*, l'Adoption et l'Adrogation (1).

En s'appuyant sur le texte de Cicéron relatif aux Gentils (2), M. Desserteaux démontre de la façon la plus ingénieuse (3) « qu'à l'époque de Cicéron, ni l'Adrogation ni la *Conventio in Manum*, n'étaient rangées parmi les cas de *Capitis Deminutio* ; seul le *Mancipium* l'engendrait ; en un mot, des 3 sources de la *Capitis Deminutio Minima* de Gaius, Adrogation, Coemptio, *Mancipium*, un seul, le *Mancipium*, était connu au temps de Cicéron » (4).

Primitivement, la simple *Mutatio Familiæ* ne produit pas *Capitis Deminutio*.

(1) I, I, 162.

(2) *Topiques*, 6, 29.

(3) Nous renvoyons pour cette démonstration au livre de M. Desserteaux ; elle est trop longue pour être reproduite ici.

(4) *Op. cit.*, p. 40.

C'est le passage par le Mancipium qui fait le Capite Minutus. Changer de famille sans subir le Mancipium, comme c'est le cas pour la femme in Manu, n'entraîne donc pas Capitis Deminutio au préjudice de celui qui change.

Ainsi, à l'époque de Cicéron, la femme ne saurait perdre ses Sacra, en se mariant, du fait de la Capitis Deminutio (1).

Ayant écarté successivement les différents systèmes qui ont été imaginés pour expliquer comment la femme se trouvait libérée des Sacra, il nous faut maintenant à notre tour proposer une explication.

Cette explication nous paraît très simple, si l'on admet, comme nous l'avons fait, que les Sacra ne suivent pas les biens dans les transmissions entre vifs et que, par conséquent, la femme *Sui Juris* qui se marie avec Manus n'apporte pas ses Sacra à son mari, bien qu'elle lui apporte son patrimoine.

Nous avons précédemment exposé que la femme in Manu, acquérant les Sacra de son mari, abdique d'abord ses Sacra paternels dans une cérémonie privée, tout comme l'adrogé abdique les siens par la Detestatio Sacrorum et cela afin de sauvegarder le grand principe de l'Unité du Culte.

Les actes simulés reproduisant exactement les actes réels dont ils empruntent la forme, il est donc vraisemblable d'admettre que la Coemptio fiduciaire, créant la Manus, comportait, comme la Coemptio, matrimoniale, l'abandon par la femme de ses Sacra. Ainsi, conformément à ce que dit Cicéron, les Sacra périclent par le fait de la Coemptio.

Pour que l'opération fût parfaite, il suffisait d'adjoindre à la Conventio in Manum, un Pacte de Fiducie, par lequel le vieillard s'obligeait à libérer la femme et à lui restituer les biens.

L'existence de ce pacte semble indispensable.

Elle est en effet la seule garantie de la femme contre la mauvaise foi possible du vieillard. Que le vieillard refuse de libérer la femme et de lui restituer le patrimoine, si la femme ne peut pas l'y contraindre par un moyen juridique, elle aura fait un marché de dupe : mieux vaudrait encore

(1) La nécessité d'une Detestatio Sacrorum dans l'Adrogation prouve d'ailleurs que la Capitis Deminutio, même si elle existait, n'emporterait pas *ipso facto* destruction des Sacra.

pour elle avoir gardé la charge des Sacra, que d'avoir ainsi perdu son indépendance pour un temps indéterminé, et son patrimoine peut-être pour toujours.

Nous ne concevons donc pas l'opération sans un Pacte de Fiducie (1).

(1) « Toutes les fois, dit M. Cuq, que la Coemptio n'a pas lieu en vue du mariage, elle implique un pacte de fiducie ». *Op.*, *cit.* 2^e éd. p. 648.

CHAPITRE III

L'ADOPTION ET L'ADROGATION

« Je l'ai traité, je l'ai aimé comme
mon fils. »

TÉRENCE.

Le mariage obligatoire, voilà donc la première conséquence des *Sacra Privata*.

Mais le mariage n'est rien en lui-même ; il n'est qu'un moyen pour parvenir à un but : ce qui importe, c'est sa fécondité. (1) Dans la Rome primitive, on se marie pour avoir des enfants (2).

Or, il peut arriver, il arrivera même souvent, que cet espoir sera déçu. L'union demeure stérile (3). Va-t-on se résigner aux décrets de la Nature, et laisser périr les *Sacra* faute de descendants ?

Les Romains ne l'ont pas voulu.

Ils ont remédié juridiquement à la stérilité du mariage. Pour suppléer à l'absence d'héritiers naturels, ils ont imaginé d'établir une paternité artificielle, ayant les mêmes effets que l'autre : ils ont créé l'Adoption et l'Adrogation.

Ces deux institutions reposent donc à l'origine, sur la nécessité de perpétuer les *Sacra* (4).

(1) D'où le Divorce pour cause de stérilité. « L'union qui reste stérile est un non-sens : elle doit être rompue », Lescœur, *op.*, *cit.*, p. 157.

(2) « Les unions stériles trompaient les espérances qu'on avait fondées sur elles, et menaçaient d'un oubli prochain les traditions qu'elles devaient perpétuer », Bouché-Leclercq, *Les Pontifes de l'Ancienne Rome*, p. 205.

(3) « *Liberorum quærendorum causa* ».

(4) Pour l'Adrogation, cela est certain. Pour l'Adoption, beaucoup moins. Et nous ne nous dissimulons pas le caractère conjectural de notre système en ce qui touche cette dernière.

L'ADOPTION

L'Adoption est devenue très rare chez les peuples modernes, parce qu'elle ne répond plus à une nécessité. Elle ne repose plus que sur une question de sentiment. Aujourd'hui, on adopte par affection, non par besoin.

A Rome, au contraire, comme chez tous les peuples de l'Antiquité, l'Adoption a lieu dans un but intéressé, puisque c'est elle qui fournit au paterfamilias dépourvu d'enfants l'indispensable continuateur du Culte sans lequel il n'est pas de repos éternel. Et c'est parce qu'elle a pour base cet intérêt religieux qu'elle occupe une place si importante dans la Législation Romaine (1).

Il est possible que le mariage ait été au début le seul moyen de s'assurer des continuateurs du Culte. Mais d'assez bonne heure, on a dû se préoccuper du cas de ceux à qui la Nature avait refusé des héritiers. Il y allait de l'intérêt public, puisque nous avons vu que l'extinction des Sacra d'une famille pouvait déclencher sur la Cité tout entière les plus graves calamités.

On a donc cherché le moyen de parer à l'extinction d'un Culte quand le mariage n'avait pu atteindre ce but. Et c'est alors qu'on a eu l'idée de créer une paternité fictive, en permettant à celui qui n'avait pas d'enfants « d'emprunter à un autre foyer le futur héritier de son sacerdoce domestique » (2). Le droit vint au secours des familles « trahies par la nature ». Celui que la nature n'a pas favorisé demandera à l'un de ses concitoyens plus favorisés que lui de lui céder un de ses fils, pour l'introduire à son propre foyer et en faire un descendant.

(1) « Le devoir de perpétuer le Culte domestique a été le principe du droit d'adoption chez les Anciens. La même religion qui obligeait l'homme à se marier, qui prononçait le divorce en cas de stérilité... offrait encore à la famille une dernière ressource pour échapper au malheur si redouté de l'extinction ; cette ressource était le droit d'adopter... Adopter un fils, c'était veiller à la perpétuité de la religion domestique, au salut du foyer, à la continuité des offrandes funèbres, au repos des mânes des ancêtres » ; Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 55-56.

(2) Bouché-Leclercq, *Manuel des Institutions Romaines*, p. 385.

Cette paternité fictive imitera d'aussi près que possible les effets de la paternité naturelle, avant tout, ses effets religieux.

Le fils par le sang est associé au Culte de son père tant que vit ce dernier, et à sa mort, c'est lui qui lui succède dans l'exercice du sacerdoce. Le fils adoptif, de la même façon, participera au Culte de l'Adoptant. Il est entré dans la famille de celui-ci, les Ancêtres de cette famille sont devenus les siens, c'est à eux qu'il doit désormais les offrandes funèbres. L'Adoption l'a incorporé à la race de l'Adoptant. Il continue la lignée que l'abstention de la nature menaçait d'interrompre. Il prend place au foyer qu'on lui ouvre avec les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'un héritier naturel.

« Dieux, objets sacrés, rites, prières, tout lui devenait commun avec son père adoptif. On disait de lui *in Sacra transiit* » (1).

C'est sur lui que repose désormais l'avenir religieux de sa famille adoptive.

Mais n'appartenant pas à cette famille par les liens du sang, il n'a pas comme le fils véritable une aptitude *naturelle* à continuer le Culte.

Il faudra donc, par un ensemble de cérémonies appropriées, le rendre apte à ce sacerdoce où ne l'appelaient pas les lois de la nature. Il faudra lui conférer solennellement une sorte d'investiture, qui lui permette d'approcher d'un autel qui n'est pas le sien par le droit de la naissance, et d'y offrir des sacrifices valables et efficaces.

« Quand on adoptait un fils, il fallait avant tout l'initier à son culte... Aussi l'Adoption s'opérait-elle par une cérémonie qui paraît avoir été fort semblable à celle qui marquait la naissance d'un fils (2). Par là, le nouveau venu était admis au foyer et associé à la religion » (3).

Nous avons vu précédemment que les cérémonies religieuses du mariage avaient de même pour but d'initier la femme au Culte du mari.

Avant d'être ainsi introduit au foyer de l'Adoptant, l'Adopté devait d'abord être détaché du foyer paternel.

Toutes les fois qu'il y a changement de Gens ou de

(1) Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 57.

(2) L'adoption est en quelque sorte une seconde naissance.

(3) Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 57.

Famille nous retrouvons les mêmes règles. Nous les avons déjà posées au sujet du Mariage. Nous les poserons encore au sujet de l'Adrogation.

Ces règles sont les suivantes :

Interdiction de la dualité des Cultes.

Exclusion des étrangers de la célébration des Sacra. Or, d'une part, l'Adopté acquérait le Culte de sa famille adoptive ; d'autre part, il devenait étranger à sa propre famille, « il n'avait plus rien de commun avec le foyer qui l'avait vu naître... le lien de la naissance était brisé (1). » Il devait donc abandonner les Sacra de son ancienne famille « et ne pouvait plus offrir le repas funèbre à ses propres ancêtres » (2).

Toute personne, avons-nous vu, qui passe d'une famille ou d'une Gens dans une autre famille ou dans une autre Gens, doit renoncer au Culte de la première pour embrasser celui de la seconde.

Cette renonciation porte le nom de *Detestatio Sacrorum* quand elle vise un homme *Sui Juris* et s'accomplit en présence du peuple.

Pour les *Alieni Juris* (3), il suffit d'une cérémonie familiale.

L'Adoption était un acte purement privé, qui n'entraînait aucune intervention des autorités publiques ou religieuses. Tout se réglait entre les deux chefs de famille, celui qui donnait l'enfant et celui qui le prenait.

L'Adoption, en effet, ne faisait courir aucun risque aux Sacra de l'Adopté. « Le Culte domestique, qui reposait sur les épaules du père de famille et non de l'enfant, n'en recevait aucune atteinte » (4).

Nous avons envisagé jusqu'ici l'Adoption comme un moyen de perpétuer le Culte Domestique, lui attribuant ainsi une origine religieuse. C'est en effet l'hypothèse la plus vraisemblable. Mais il nous faut bien reconnaître que ce n'est qu'une hypothèse. Aucun texte ne nous permet d'affirmer qu'elle correspond à la réalité.

Ce que nous savons de l'Adoption aux temps historiques

(1) Fustel de Coulanges, *La cité Antique*, p. 57.

(2) Id. L'Emancipation produit le même effet. On pourrait la définir : une mise hors des Sacra paternels.

(3) Et aussi, nous l'avons vu, pour les femmes même *Sui Juris*.

(4) Ihering, *L'Esprit du Droit Romain*.

semblerait même au contraire infirmer notre thèse, puisqu'elle est ouverte à tous les citoyens, même ayant des enfants, c'est-à-dire des continuateurs du Culte.

Pourquoi donc avons-nous cependant fait découler (1) cette institution du désir de perpétuer les Sacra ? Pour une raison de droit comparé.

En effet, si nous étudions les législations indo-européennes antérieures à la législation romaine, les législations Hindoue et Grecque en particulier, nous constatons que l'Adoption y a une origine religieuse très nette.

Le Code de Manou s'exprime en ces termes : « Lorsqu'un homme prend pour fils un jeune garçon... *qui connaît l'avantage de l'observation des cérémonies funèbres, et le mal résultant de leur omission...* cet enfant est appelé fils adoptif » (2).

Et, plus loin : « L'enfant qu'un homme, *désireux d'avoir un fils qui accomplisse le service funèbre en son honneur,* achète de son père ou de sa mère, est appelé fils acheté » (3).

Chez les Hindous, les diverses variétés d'adoptions ont donc toutes pour but de pourvoir à la continuation du Culte domestique.

Et la conséquence logique de ceci, c'est qu'on ne peut prendre de fils adoptif « qu'au défaut d'un fils légitime ou du fils d'une fille » (4). Si l'on possède déjà l'un de ces deux fils, l'exercice du Culte est en effet assuré, et, partant, l'Adoption serait inutile.

Chez les Grecs, le but de cette institution était le même, ainsi que nous l'apprend le plaidoyer d'Isée, *Περὶ τοῦ Μενεκλῆους κληροῦ* (5) « Ménécclés avisa aux moyens de ne pas rester sans enfants, et d'avoir quelqu'un qui, tant qu'il vivrait, prendrait soin de sa vieillesse, l'ensevelirait après sa mort, *et dans la suite lui rendrait les devoirs accoutumés* » (6).

Ce que Ménécclés avait eu en vue en adoptant un fils, c'était donc surtout d'assurer à ses Mânes les honneurs funèbres. Ce que voulait celui qui contesta la légitimité de cette

(1) D'accord, d'ailleurs, avec la plupart des auteurs.

(2) IX, 169. Traduction Loiseleur-Deslongchamps, Paris, 1833, p. 343.

(3) Id., IX, 174. (p. 343 de la Trad.)

(4) Id., IX, 181. (p. 345 de la Trad.)

(5) Dans ce plaidoyer, Isée défend le fils adoptif du citoyen Ménécclés, dont l'adoption était contestée.

(6) Traduction Roussel, § 10. (Collection des Universités de France.

adoption (1), c'était « priver le mort de descendance et abolir son nom, pour que nul ne célèbre à la place du défunt le culte des ancêtres ni n'accomplisse en sa mémoire les sacrifices anniversaires, et pour lui arracher les honneurs qui lui sont dus » (2).

Donc, en Grèce, ou du moins à Athènes, même origine religieuse qu'aux Indes. Partant, même application restreinte. Celui que lois autorisent à adopter, c'est l'« homme privé d'enfants » (3).

Nous n'avons en Droit Romain aucun texte de ce genre.

Mais le Droit Romain primitif reposant sur les mêmes traditions que les droits Grec et Hindou, étant imbu des mêmes croyances religieuses, on peut affirmer sans témérité que l'Adoption romaine procède du même esprit que l'Adoption hindoue et que l'Adoption grecque, et qu'elle a eu par conséquent la même origine que celles-ci (4). On ne s'expliquerait pas qu'une même institution, dans des législations si voisines, ne vint pas de la même source.

Seulement, tandis que le droit Hindou et le droit Grec ont conservé le souvenir de cette source, le droit Romain l'a perdu.

Chez lui, l'Adoption n'a pas gardé son caractère originel. Sous l'influence de circonstances que nous ignorons, elle s'est transformée (5), elle s'est éloignée de son point de départ, si rapidement et si complètement, qu'il ne nous reste plus de documents sur son premier état. A Rome, comme dans l'Inde et dans la Grèce, il fut sûrement une époque où l'Adoption était réservée au citoyen dépourvu d'enfants.

A cette époque lointaine, inconnue de nous, mais dont

(1) Cette contestation est l'objet du procès.

(2) Isée, *op. cit.*, § 46.

(3) *Id.*, § 44.

(4) Si on niait l'origine religieuse de l'Adoption romaine, sous prétexte qu'aucun texte ne la proclame formellement, on serait bien en peine d'expliquer la raison d'être de cette institution. D'où serait-elle venue ? Pourquoi l'aurait-on inventée ? Quel aurait été son but et son utilité ? Dans les sociétés primitives, il n'y a pas d'institution qui ne corresponde à une nécessité impérieuse. Or, nous ne voyons pas que l'adoption privée de tout caractère religieux soit une institution nécessaire.

(5) Cette transformation est d'autant moins explicable que l'Adoption, qui n'est qu'une variété de l'Adoption, a gardé au contraire un caractère religieux très net.

l'existence, pour les raisons exposées ci-dessus, ne nous semble pas devoir être mise en doute, l'Adoption étant destinée à assurer l'avenir d'un Culte, les Pontifes intervenaient probablement ici comme dans l'Adrogation.

Aucune trace, cependant, n'est demeurée de cette intervention.

Et à l'époque historique, l'Adoption apparaît comme une institution purement civile (1), relevant du Préteur et non du Collège Pontifical, et sur laquelle l'autorité religieuse n'exerce ni contrôle ni surveillance. C'est un simple mode de création de la puissance paternelle.

Non seulement le citoyen qui a déjà des descendants peut adopter, mais on voit même certaines familles (2) pratiquer en elles l'échange de leurs enfants, sous forme d'adoption réciproque, coutume assez bizarre et difficilement explicable.

L'adoption ne présente plus dès lors d'utilité véritable. Elle n'est plus qu'une manifestation du droit qui appartient au *paterfamilias* de composer sa famille à son gré.

II

L'ADROGATION

L'Adrogation, à l'origine, est une institution exclusivement patricienne, qui ne concerne que les hommes. Ce double caractère s'explique par son but même. En effet, l'Adrogation a pour but de perpétuer un Culte Gentilice. Or, seuls les Patriciens ont des *Sacra Gentilicia*, et, d'autre part, ces *Sacra* ne peuvent jamais être assumés par les femmes.

Primitivement, l'Adrogation faite par un Plébéien ne présenterait aucun sens, puisque ce Plébéien n'a pas à perpétuer le nom ni le Culte d'une Gens, et que cette perpétuation est le seul but de l'institution.

Plus tard, lorsque certains Plébéiens s'organisèrent en Gentes, l'Adrogation leur devint accessible, mais ce ne fut là qu'une exception (3). Par rapport au reste de la masse po-

(1) Produisant, toutefois, par voie de conséquence, certains effets religieux.

(2) Ainsi les Paul-Émile et les Scipions.

(3) « L'adrogation ayant pour but d'empêcher l'extinction d'un Culte gentilice, était une institution exclusivement patricienne. Tout au

pulaire, on peut dire qu'ils constituaient une sorte d'Aristocratie.

L'exemple le plus connu d'Adrogation Plébéienne est la fameuse Adrogation de Clodius par Fonteius. Quoiqu'il s'agisse là d'une opération entièrement irrégulière, faite au mépris du droit, où l'on ne respecta aucune des conditions les plus indispensables, et qui ne fut en somme qu'une spéculation politique, l'histoire de cette Adrogation présente pour nous un très grand intérêt. Car Cicéron, voulant en faire ressortir l'irrégularité, a passé en revue, dans son plaidoyer *Pro Domo*, les principales conditions qui auraient dû être remplies et ne l'avaient pas été. Nous nous trouvons ainsi renseignés très exactement sur ce qu'on exigeait pour la validité de l'Adrogation.

Et c'est en nous appuyant presque uniquement sur le texte du *Pro Domo* que nous ferons l'étude de cette institution.

Si les Plébéiens constitués en Gentes, et qui formaient une élite assimilée à celle des Patriciens, eurent, comme Fonteius, le droit de pratiquer l'Adrogation, celle-ci resta rigoureusement interdite à la grande masse plébéienne, et demeura dans son essence une institution aristocratique.

En ce qui concerne les Femmes, certains auteurs estiment, en s'appuyant sans doute sur ce que dit Aulu-Gelle (1), que l'Adrogation ne s'appliquait pas à elles parce qu'elles n'avaient pas accès dans les Comices, devant lesquels se déroulait la procédure.

Mais nous sommes persuadé que l'exclusion des femmes tient uniquement à l'origine religieuse de l'Adrogation. Les femmes ne peuvent pas être adrogées parce qu'elles sont inaptes à perpétuer le Culte Gentilice. Et si la procédure devait se dérouler devant les Comices, c'est peut-être justement parce que les femmes n'étaient jamais en cause, et qu'on n'avait jamais eu à se préoccuper de leur capacité politique.

Si, du point de vue religieux, l'Adrogation avait été plus fut-elle étendue à ceux des Plébéiens qui se constituèrent en Gentes. » Cuq., *Institutions Juridiques des Romains*, 1^{re} édition, T. I., p. 235.

(1) V. 13, § 10 : « Neque pupillus autem neque mulier... adrogari possunt : quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est, etc., etc. »

possible pour les femmes, sans doute aurait-on établi une procédure qui leur fût accessible.

Pourquoi l'Adrogation était-elle nécessaire à perpétuer le Culte Gentilice ? Pourquoi une simple Adoption n'y aurait-elle pas suffi ?

La réponse nous est fournie par la théorie de la *Capitis Deminutio*.

Pour perpétuer le Culte d'une Gens, il faut faire partie de cette Gens. L'étranger choisi aux fins d'entretenir un Culte Gentilice, doit donc devenir le Gentil de celui qui l'a choisi. Or, d'après la célèbre définition de Cicéron, sont seuls Gentils entre eux ceux qui ne sont pas *Capite Minuti*. (« Gentiles sunt inter se...qui capite non sunt diminuti ». *Topiques*, 6, 29).

Il résulte de cette définition que l'Adopté n'est pas et ne peut pas être le Gentil de l'Adoptant, puisqu'il a subi, du fait de l'Adoption même, une *Capitis Deminutio* (par *deductio in servilem causam*, figurée). L'Adoption est le plus ancien cas de *Capitis Deminutio Minima*.

N'étant pas le Gentil de l'Adoptant, l'Adopté est impropre à perpétuer le Culte Gentilice de celui-ci.

Au contraire, l'Adrogé est le Gentil de l'Adrogeant. *Car l'Adrogation, jusqu'à l'époque classique, n'entraîne pas Capitis Deminutio*.

C'est la théorie de M. Desserteaux, que nous avons déjà exposée à propos de la *Coemptio Interimendorum Sacrorum causa* (*infra* p. 37).

Rappelons que pour M. Desserteaux « à l'époque de Cicéron ni l'Adrogation ni la *Conventio in Manum*, n'étaient rangées parmi les cas de C. D., seul, le *Mancipium* l'engendrait ; en un mot, des 3 sources de la *Capitis Deminutio Minima* de Gaius, Adrogation, *Coemptio*, *Mancipium*, un seul, le *Mancipium*, était connu au temps de Cicéron » (1). La *Capitis Deminutio* découle seulement de la *Deductio in servilem conditionem*. C'est pourquoi « la *Capitis Deminutio* résulte de l'Adoption et non de l'Adrogation... L'adopté n'entre pas dans la Gens de l'Adoptant » (2). Bien plus, « l'Adopté et l'enfant affranchi du *Mancipium*... ne pourront devenir

(1) *Op. cit.*, p. 40.

(2) *Id.*, p. 55 et 56. En sens contraire, cf. Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, p. 18, n. 3.

les gentiles de personne... ils ont perdu l'aptitude même à être gentiles » (1).

C'est seulement à l'Epoque Classique (2), en comparant les effets de l'Adrogation et ceux de la C. D. (3) que l'on a fait rentrer la première dans un des cas de la seconde.

Nous nous rallions pleinement à cette théorie, sans laquelle il serait impossible de justifier l'existence même de l'Adrogation. En effet, tout le monde s'accorde à reconnaître que l'Adrogation a été créée pour assurer la perpétuation du Culte Gentilice. On admet, d'autre part, que ce Culte ne peut être entretenu que par les membres de la Gens. Or, puisque font seuls partie de la Gens ceux qui ne sont pas Capite Minuti, si l'Adrogeant subissait une Capitis Deminutio, comment pourrait-il entretenir le Culte Gentilice de l'Adrogeant, puisqu'il ne ferait pas partie de la Gens de celui-ci ?

Le bon sens indique donc que l'Adrogation ne rentrait pas dans le domaine primitif de la Capitis Deminutio.

L'Adrogation suppose que l'Adrogeant est le dernier de sa race (4), et que les Sacra de celle-ci sont menacés de s'éteindre avec lui.

« Elle trouvait sa principale, et peut-être en pratique, son unique application, dans le cas où un citoyen était le dernier chef de famille survivant de sa Gens : l'Adrogation était ici nécessaire pour perpétuer le nom et le Culte gentilices.

Si, au contraire, ce citoyen appartenait à une Gens comprenant d'autres chefs de famille, la conservation du nom et du culte de cette Gens était assurée en dehors de celui des chefs de famille qui n'avait pas d'enfants... celui-là n'avait plus à se préoccuper que de perpétuer son Culte domestique » (5).

(1) Desserteaux, *op. cit.*, p. 56.

(2) A cette époque, l'adrogation est devenue une institution purement civile, n'ayant plus de base religieuse. Peu importe donc que l'Adrogé subisse la C. D. et de ce fait devienne inapte à la Gentilité.

(3) L'Adrogation produisait les mêmes effets que la Capitis Deminutio Minima, sauf un, celui que nous avons signalé : elle ne détruisait pas l'aptitude à la Gentilité. Quand on l'assimila à un cas de C. D. elle entraîna désormais la disparition de cette aptitude.

(4) D'où l'indignation de Cicéron en voyant Clodius adrogé par un homme qui avait des enfants : « Adoptat annos viginti natus... senatorem. Liberorumne causa ? At... suscepit liberos ». *Pro Domo XII*.

(5) Cuq, *op. cit.*, 1^{re} édition, t. I, page 235.

L'Adrogeant, dernier survivant d'une race près de s'éteindre va donc, pour prolonger cette race et en sauver le Culte, chercher un homme Sui Juris qui consente à devenir son fils, et, reniant sa propre famille, à prendre place dans une famille étrangère dont il adoptera les Ancêtres et la religion.

L'Adrogation apportait à l'Adrogeant les avantages de la paternité ; elle lui donnait un fils par qui serait assurée la continuité de son Culte. Imitant comme l'Adoption les effets de la filiation véritable, elle associait l'Adrogé aux Sacra de celui qui devenait son père... Après une initiation solennelle, qui lui faisait perdre son caractère d'extraneus et acquérir la qualité de membre de la famille, l'Adrogé participait désormais au Culte de l'Adrogeant, en attendant de lui succéder comme chef de ce Culte.

Outre cette participation — qui est le but en vue duquel elle a été créée — l'Adrogation produit d'autres effets. Elle implique pour l'adrogé abandon de son Culte Gentilice, et d'après une certaine théorie, transmission à l'Adrogeant de son Culte domestique. Cette transmission du Culte dérivant de la transmission des biens, comme dans le mariage avec Manus d'une femme Sui Juris, est admise par la plupart des auteurs, qui étendent la règle « Sacra cum pecunia conjuncta sunt » à toutes les mutations de biens, même à celles entre vifs.

Nous avons précédemment exposé (1) notre opinion sur cette interprétation extensive de la règle pontificale. Nous lui préférons une interprétation restrictive, et limitons la règle aux Successions.

L'Adrogeant, d'après nous, n'acquerra donc pas les Sacra Familiaria de l'Adrogé.

Celui-ci s'en débarrassera en même temps que de ses Sacra Gentilicia.

Une des conséquences les plus graves de l'Adrogation est en effet, nous l'avons dit, d'exclure l'Adrogé de son Culte Gentilice.

Comme l'Adrogation a pour but et pour premier effet d'associer l'Adrogé au Culte de l'Adrogeant, il est bien évident que l'Adrogé ne pourra pas conserver le sien. S'il le conservait, il y aurait confusion des Cultes — perturbatio Sa-

(1) Cf. *Supra*, p. 16.

crorum et nous savons avec quel soin on évitait cette confusion et les inconvénients qui en seraient résultés.

Clodius, pourtant, ne craignit pas de les braver. Ayant acquis, du fait de son Adrogation, les Sacra de la Gens Fonteia, il prétendit conserver ceux de la Gens Clodia. Mais la façon dont Cicéron l'en blâme nous prouve précisément que c'était là un fait exceptionnel, contraire à toutes les règles (1).

L'autre raison d'exclure l'Adrogé de son Culte Gentilice, c'est le changement de Gens qu'entraîne l'Adrogation. L'Adrogé quitte définitivement sa Gens, tout lien est rompu entre elle et lui.

Il n'y a donc plus de raison d'admettre l'Adrogé aux sacrifices d'un groupe dont il ne fait plus partie.

Mais perdre ainsi un Culte dont on avait la charge est une chose très grave, qui ne saurait s'accomplir sans solennité ni publicité.

Nous avons vu que l'Adopté aussi doit renoncer à ses Sacra. Mais sa renonciation était bien moins importante que celle de l'Adrogé, parce qu'il ne faisait que participer au Culte de sa famille, il n'en était qu'un associé, tandis que l'Adrogé assumait directement le Culte qu'il abandonne, il en était l'un des chefs.

Ainsi s'explique la solennité particulière dont s'accompagne l'abandon de ses Sacra par un Sui Juris. Il faut une cérémonie.

Cette cérémonie, c'est la Detestatio Sacrorum (2).

Nous avons déjà mentionné la Detestatio à propos du Mariage et de l'Adoption. Le moment est venu d'en parler plus longuement.

L'étymologie même du mot en indique le sens. Detestatio

(1) « Neque amissis sacris paternis, in haec adoptiva venisti. Ita, perturbatis sacris, contaminatis gentibus... factus es, etc... *Pro Domo*, XIII.

(2) Ou *Alienatio Sacrorum*. Les deux expressions sont synonymes et désignent une seule et même opération. Mommsen lui-même l'a reconnu, après avoir soutenu un moment que la Detestatio était distincte de l'Alienatio, et « avait lieu seulement en cas de transitio ad Plebem, c'est-à-dire lorsqu'un patricien renonçait au patriciat, pour entrer dans la plèbe ». « Aucun texte ne rattache explicitement la Detestatio Sacrorum à l'Adrogation ; cependant, on est d'accord aujourd'hui pour admettre qu'elle trouvait ici son application principale » ; Cuq., *op. cit.*, 1^{re} édition, t. I, p. 236.

vient de *destestari*... Et *destestari* signifie abandonner devant témoins (1).

La *Detestatio Sacrorum* est donc une renonciation solennelle en présence du peuple. Elle résulte d'une déclaration publique.

Cette renonciation avait lieu devant les *Comices Calates*. « *In Iisdem Comitibus, quæ Calata appellari diximus, et Sacrorum Detestatio, et testamenta fieri solebant* » (2).

L'Adrogé abjure publiquement le Culte de sa Gens (3), il déclare y renoncer à jamais, pour suivre désormais le Culte de l'Adrogeant.

Cet abandon n'avait aucun inconvénient, lorsqu'il restait encore dans la Gens d'autres chefs de famille pour continuer le Culte.

Mais si celui qui allait se donner en Adrogation était au contraire le dernier de sa gens, les *Sacra* de celle-ci se trouvaient menacés de périr avec lui.

L'Adrogation pouvait donc avoir des effets très graves au point de vue religieux. Et c'est ce qui explique l'intervention des Pontifes.

C'est aux Pontifes, « gardiens de tous les intérêts religieux », qu'il appartenait de contrôler la régularité et le bien-fondé d'une opération qui pouvait avoir sur les *Sacra* une répercussion aussi importante. « *Adrogationes non temere, nec inexplorate committuntur* », dit Aulu-Gelle (4).

L'Adrogation comprend deux phases : 1^o Examen du projet par le Collège des Pontifes ; 2^o Soumission du projet au peuple réuni en *Curies*. A ces deux phases correspondent deux sanctions : un Décret Pontifical et une *Lex Curiata*.

Le projet l'Adrogation devait tout d'abord être soumis à l'approbation du Collège Pontifical. Il était l'objet d'un examen approfondi de la part des Pontifes qui devaient s'assurer que toutes les conditions exigées étaient bien réunies, et que le but de l'opération serait atteint.

(1) « *Detestatio est denunciatio facta cum testatione* », Ulpien, D, L., 10., 40 pr.

(2) Aulu-Gelle, XV., 27.

(3) Et, aussi, croyons-nous, de sa famille.

(4) Aulu-Gelle, V., 19.

Avant de présenter le projet au vote des Comices, ils se livraient à une enquête minutieuse.

Cette enquête portait sur les points suivants :

1^o l'Age de l'Adrogeant.

2^o ses Intentions.

3^o le sort des Sacra de l'Adrogé (1).

I. L'Age de l'Adrogeant. — L'Adrogation est un moyen suprême, auquel on ne doit recourir que dans les cas désespérés...

Inventée uniquement pour remédier à l'impuissance de la nature, elle ne sera permise que si l'Adrogeant n'est plus apte à la paternité.

Les Pontifes devront donc tout d'abord rechercher l'âge de l'Adrogeant, afin de voir si cet âge est tel qu'il ne puisse plus espérer d'enfants (2). « Aestas ejus qui adrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit... consideratur » (3).

On ne doit demander à l'Adrogation que ce qu'on ne peut plus obtenir de la Nature (4). Tant qu'un homme est présumé, du fait de son âge, avoir conservé les facultés de la génération (5), la possibilité d'adroger lui sera refusée.

Il devra d'abord essayer d'avoir des héritiers naturels.

Il ne faut pas que l'Adrogation détourne du mariage, et encourage au célibat. Elle ne doit être, nous l'avons dit, qu'une sorte de pis-aller, une suprême ressource à l'usage de ceux qui ont vainement sollicité la Nature et que la Nature a refusé d'exaucer.

II. Les Intentions de l'Adrogeant. — L'examen des Pontifes devait porter, en second lieu, sur les intentions de l'Adrogeant.

L'Adrogation a un but exclusivement religieux. L'Adrogeant ne doit avoir en vue que la perpétuation de son Culte.

(1) Accessoirement, ils devaient rechercher si du fait de l'Adrogation, le rang social de l'Adrogé n'allait pas se trouver amoindri par passage dans une Gens inférieure à la sienne « Quæ ratio generum ac dignitatis... quæri a pontificum collegio solet » : Cicéron, *Pro Domo*, XIII.

(2) On décida que l'Adrogeant devait avoir 60 ans au moins.

(3) Aulu Gelle, V, 19.

(4) «... Ut et is adoptet, qui, quod, natura jam assequi non potest, et legitimo, et pontificio jure quærat » ; Cicéron, *Pro Domo*, XIV.

(5) « Quod est, pontifices, jus adoptionis ? Nempe ut is adoptet, qui neque pocreare liberos possit, et, quam poturis sit expertus » ; Cicéron, *Pro Domo*, XIII.

Mais comme l'Adrogation a pour effet de transmettre à l'Adrogeant tout le patrimoine de l'Adrogé, il était à craindre que l'opération ne dissimulât bien souvent une spéculation pécuniaire.

La vigilance des Pontifes doit donc s'efforcer de démasquer les intentions impures et de déjouer les calculs intéressés de citoyens avides qui, ayant fait choix d'un riche Sui Juris, l'adrogeraient uniquement dans le but de s'emparer de sa fortune. « Bona ejus qui adrogatur, ne insidiose adpetita sint, consideratur » dit Aulu-Gelle (1). Et Cicéron : « Causa quæri solet adoptandi :.. illud in primis ne qua calumnia, ne qua fraus, ne quis dolus adhibeatur » (2).

III. Le sort des Sacra de l'Adrogé. — Enfin et surtout, les Pontifes doivent examiner ce que vont devenir les Sacra de l'Adrogé (3).

C'est là le point capital de leur enquête.

Nous avons vu que l'Adrogation a pour effet de contraindre l'Adrogé à l'abandon de son Culte Gentilice, en sorte que s'il était le dernier de sa Gens, les Sacra de celle-ci se trouvaient exposés à périr avec lui (4).

Une telle conséquence serait une catastrophe, qu'il faudra s'efforcer de conjurer à tout prix.

L'Adrogation a été inventée pour perpétuer les Cultes. Il serait absurde qu'elle devînt la cause de leur disparition. Le remède serait alors aussi mauvais que le mal qu'il prétendrait guérir.

Les Pontifes, « chargés de veiller au maintien des Cultes », doivent donc s'assurer que les Sacra de l'Adrogé ne vont pas disparaître du fait de l'Adrogation.

S'ils sont menacés de s'éteindre avec lui, l'Adrogation ne

(1) V. 19.

(2) *Pro Domo*, XIV.

(3) « Quæ ratio... sacrorum, quæri a pontificum Collegio solet », Cicéron, *Pro Domo*, XIII.

(4) C'est ce qui arriva dans l'Adrogation de Clodius, et l'une des raisons pour lesquelles cette Adrogation, au dire de Cicéron, était entachée de nullité. Clodius était le dernier de sa race, et les Sacra de la Gens Clodia devaient disparaître avec lui : « Quid ? sacra Clodiae gentis cur intereunt, quod in te est ? » Cicéron, *Pro Domo*, XIII. Nous avons vu d'ailleurs qu'il les conserva, au mépris des règles les plus formelles de la Religion.

sera pas possible. Le Collège Pontifical s'opposera à ce qu'elle ait lieu (1).

On ne doit pas sacrifier un Culte aux intérêts d'un autre Culte. On ne peut pas permettre que l'Adrogeant perpétue ses Sacra aux dépens de ceux de l'Adrogé.

Puisqu'il est libre dans son choix, qu'il s'adresse ailleurs, et choisisse un citoyen dont la Detestatio Sacrorum ne mette pas en péril le Culte d'une autre Gens.

Nous avons ainsi examiné les différents points sur lesquels devait porter l'enquête des Pontifes.

S'il ressortait de cette enquête que toutes les conditions exigées pour la validité de l'Adrogation n'étaient pas remplies, le projet était rejeté purement et simplement, et tout se terminait là. Si l'enquête, au contraire, était satisfaisante (2), le Collège Pontifical rendait un Décret pour approuver le projet, lequel était alors soumis au vote des Comices (3).

Telle était l'Adrogation au temps de la République.

Plus tard, quand les croyances et les Cultes tombèrent en décadence, son caractère s'altéra. Les préoccupations religieuses qui étaient à sa base disparurent entièrement.

On perdit si bien de vue le but de l'institution, qu'on en vint à permettre l'Adrogation des femme. Au point de vue religieux, cette adrogation était une vraie anomalie.

On peut dire qu'alors, l'Adrogation qui était sortie des Sacra, n'a plus rien de commun avec eux.

C'est là un exemple frappant de la façon dont les institutions humaines se dénaturent et se corrompent au cours des âges.

(1) « Il y avait empêchement à l'Adrogation quand les Sacra d'une Gens devaient s'éteindre par le passage de l'Adrogé dans une autre Gens » Marquardt ; *Le culte chez les Romains*, p. 367, note 6.

(2) « Au dernier siècle de la République, le P. M. Q. Mucius Scaevola, pour mettre à couvert la responsabilité des Pontifes, fit confirmer les résultats de l'enquête par un serment » ; Bouché-Leclercq, *Les Pontifes de l'Ancienne Rome*. C'est ce que nous apprend Aulu-Gelle, (V-19) : « Jusjurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando juraretur ». Mais qui prêtait ce serment ? L'Adrogé, dit Bouché-Leclercq. Nous pensons au contraire que c'était l'Adrogeant. Aulu-Gelle dit en effet « *in adrogando* » (sens actif).

(3) C'est sans doute tout de suite après ce vote, qui marquait le moment où l'Adrogé changeait de Gens, que se plaçait la Detestatio Sacrorum.

CHAPITRE IV

L'HÉRÉDITÉ

« Ce jour délicieux me comble
de délices. Il m'arrive un héritage
exempt des charges du Culte. »

PLAUTE.

Lorsqu'un citoyen a contracté une union demeurée stérile, et n'a pu, pour une raison ou une autre, se procurer de fils adoptif, il lui reste une dernière ressource pour perpétuer son Culte : c'est l'Institution d'héritier.

Par le moyen d'un acte solennel, le Testament, il va désigner une personne qui sera chargée après sa mort d'assumer les Sacra. Le testament répond à une préoccupation religieuse.

Dans l'histoire de la perpétuation des Cultes, l'Institution d'héritier représente la tentative suprême émanant des particuliers. Mais l'autorité religieuse est allée plus loin qu'eux. Disposant d'un pouvoir plus large, elle a réalisé ce que n'aurait pu faire la volonté des simples citoyens.

L'Institution d'héritier présentait une faiblesse incontestable : son insécurité.

La personne désignée est libre de refuser la succession qu'on lui propose (1). Qu'elle use de ce droit, et voilà les Sacra dépourvus de titulaire (2).

La faculté de répudiation constituait donc au point de vue

(1) Puisque, primitivement, il s'agit toujours d'un héritier externe, le Testament n'ayant lieu que pour remédier à l'absence d'héritiers siens. Voir *infra*, p. 59, le développement de cette affirmation.

(2) « Le testament par lequel on instituera héritier un étranger... astreint au culte privé... mais l'héritier testamentaire... est libre de répudier l'hérédité » ; Girard, *Manuel*, p. 168.

religieux une menace très grave. Les Sacra se trouvaient à la merci de l'héritier. Et le succès de l'opération dépendait de sa bonne volonté.

D'assez bonne heure, sans doute, à cause de cette insécurité — et aussi parce qu'il peut arriver que l'on meure avant d'avoir eu le temps de confectionner un testament, — l'Institution d'héritier parut insuffisante pour assurer le maintien des Sacra.

C'est alors que les Pontifes eurent l'idée d'incorporer le Culte à la propriété, et inventèrent la fameuse règle : « Sacra cum pecunia cuncta sunt ».

Cette règle a bouleversé la transmission héréditaire du Culte.

L'histoire des Sacra dans l'Hérédité comprend donc deux périodes : Avant l'apparition de la règle pontificale, après l'apparition de cette règle.

I

Avant que les Pontifes n'eussent décrété l'union du Culte et de la propriété, une seule personne est tenue des Sacra : c'est l'héritier.

INSTITUTION D'HÉRITIER

Les Romains se formaient de l'héritier une conception toute particulière, entièrement différente de la conception moderne, une conception religieuse, qui dura plusieurs siècles.

Dans la Rome primitive, qu'est-ce que l'héritier ? ce n'est pas, comme en droit moderne, celui qui succède aux biens : c'est celui qui succède au Culte. « L'héritier est avant tout le continuateur du culte du défunt (1) ».

L'Hérédité n'a par elle-même aucun caractère pécuniaire. Elle a un caractère exclusivement moral : c'est la dévolution d'un culte.

Certes, dans la plupart des cas, l'héritier recueillera les biens du testateur, mais « à titre accessoire », comme un

(1) Cuq, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. I, p. 279.

émolument qui l'aidera à couvrir les frais occasionnés par les Sacra...

Il se peut même, par suite de legs considérables, qu'aucune portion du patrimoine ne parvienne à l'héritier : celui-ci conservera pourtant son titre, parce qu'il continue le Culte.

L'Institution d'Héritier, nous l'avons dit, marque le point extrême où a pu atteindre la volonté des particuliers dans leur désir de perpétuer les Sacra.

« Le principe de la conservation des Cultes et des familles conduisit les Romains à imaginer des moyens artificiels de les maintenir à défaut d'héritiers siens issus d'un légitime mariage. Ces moyens sont : l'Adrogation et l'institution d'héritier (1) ».

On a permis au paterfamilias « d'attribuer à une personne déterminée la qualité de continuateur de son Culte et de sa maison (2) ».

Cette attribution se fera par le moyen d'un acte spécial, qui est le Testament. A l'origine, le Testament est l'acte par lequel on se choisit un continuateur au Culte. Ainsi s'explique qu'en Droit Romain, le Testament doit toujours contenir une Institution d'héritier. Il a été créé pour la réaliser ; elle est son but et sa seule raison d'être, « caput et fundamentum ». Et cette notion a survécu aux naufrages des Croyances religieuses.

Mais l'Institution d'héritier est un moyen imparfait. Et cela, pour deux raisons :

1^o Parce que, nous l'avons dit, elle manque de sécurité, puisque l'héritier désigné est toujours libre de refuser la succession. Le *de cujus* n'est donc pas sûr de laisser après lui quelqu'un qui continue les Sacra.

2^o Parce qu'elle confie le Culte aux soins d'un étranger, et que cet étranger n'est même pas introduit au foyer par des cérémonies religieuses, comme le fils adoptif (3). Il y

(1) Cuq, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. I, p. 292.

(2) Id.

(3) Certains auteurs pensent que l'Institué perd son caractère d'étranger et devient en quelque sorte le fils postume du Testateur. Cf. Lescœur, *op. cit.* Nous ne le croyons pas. Car aucune solennité religieuse, analogue à celles qui accompagnent le Mariage, l'Adoption et l'Adrogation, ne l'a incorporé à la famille. Il demeure vis-à-vis de celle-ci un extraneus.

Au contraire, l'Adoption testamentaire était une Institution d'hé-

a là une violation grave d'un des principes fondamentaux du Culte, à laquelle on ne s'est résigné que pour prévenir un mal encore plus grand. Entre deux maux, il faut choisir le moindre. Mieux vaut encore confier le Culte à un étranger, du reste soigneusement choisi, que de laisser périr ce Culte.

Cette transgression infligée à la règle qui excluait les étrangers du Culte familial, explique qu'à l'origine, l'Institution d'héritier, plus encore que l'Adoption et l'Adrogation, n'a pu être qu'un pis-aller.

M. Cuq insiste sur ce caractère. Nous avons vu qu'il définit l'Institution d'héritier un moyen artificiel imaginé pour le maintien des cultes *à défaut d'héritiers siens issus d'un légitime mariage*.

Celui qui peut désigner une personne pour lui succéder dans l'exercice des Sacra, c'est « le chef de famille qui n'a pas d'enfants » (1).

Le Testament est donc un acte supplétif.

« Le paterfamilias qui à sa mort laisse des enfants vivants n'a pas besoin de tester » (2) : nous disons même : n'a pas le droit de tester.

Il n'en a pas le droit, parce qu'il ne lui est pas permis de substituer arbitrairement un étranger à son descendant naturel, de transgresser la loi de la Religion qui veut que le Culte se transmette de père en fils jusqu'à extinction complète de la famille.

S'il a un descendant, c'est ce descendant qui sera chargé d'assumer les Sacra : il ne peut l'en exclure par sa seule volonté.

« A la mort du chef de famille, ses enfants sont de plein droit les continuateurs de son Culte et de sa maison » (3).

Tant qu'il demeure un fils au foyer familial, personne d'autre que ce fils ne peut offrir les sacrifices aux mânes des Ancêtres. Lui seul est qualifié pour accomplir ce pieux devoir : c'est son obligation et sa prérogative.

ritier faite sous condition de changement de famille. Mais comment se réalisait ce changement ? Nous n'avons pas assez de renseignements sur ce genre d'adoption pour le déterminer.

(1) Cuq, *op. cit.*, 2^e éd., p. 124.

(2) Lescœur, *op. cit.*, p. 161-162.

(3) Cnq, *op. cit.*, 2^e édition, p. 123.

Ainsi donc, primitivement, le Testament est réservé aux citoyens dépourvus d'enfants (1).

C'est pour ne l'avoir pas compris que Fustel de Coulanges a nié l'origine religieuse du Testament (2), alors que cette origine nous paraît bien établie. Fustel de Coulanges n'a envisagé le Testament qu'après l'évolution qu'il a subie au cours des âges, alors qu'en effet il se trouve en contradiction avec la transmission naturelle du Culte.

Ce qu'il dit, vrai pour l'époque postérieure, ne l'est pas pour l'époque primitive. Pour lui, le droit de tester est uniquement le droit « de disposer de ses biens après sa mort, pour les faire passer à d'autres qu'à l'héritier naturel ». Définition fausse, puisque le Testament n'est au contraire que le droit de disposer de son Culte et de son patrimoine à défaut d'héritier naturel.

Telle est la conception que, d'accord avec des maîtres éminents (3), nous nous faisons du testament primitif.

Tout autre est celle développée par M. Lévy-Bruhl dans un article paru dans la *Nouvelle Revue Historique de Droit* (4).

Partant des mêmes considérations religieuses qui ont servi de bases, M. Lévy-Bruhl aboutit à une conclusion diamétralement opposée, à savoir que « dans le plus ancien droit romain, le *de cuius* ne peut tester qu'au profit d'un nombre de sa domus ».

Tandis que dans la personne de l'Institué nous voyons essentiellement un extraneus, M. Lévy-Bruhl nie au contraire qu'aux temps primitifs un extraneus ait jamais pu être institué.

(1) Telle est aussi l'opinion des deux éminents auteurs anglais, Sumner Maine et Sir Paul Vinogradoff. « Both a Will and an adoption, dit le premier... are obviously contrivances for preventing the descent being wholly interrupted *when there is no succession of kindred to carry it on* ». (Ancient Law, p. 206). Et le second : « Primitivement, le droit de tester n'appartenait qu'aux citoyens n'ayant pas de « heredes sui » (cui heres non escit). *Principes historiques du droit*, Trad. française, p. 300.

(2) « Le droit de tester... était en opposition avec les croyances religieuses ». *Cité Antique*. Chapitre VII, 5^e, p. 88. « La faculté de tester n'était pas pleinement reconnue à l'homme, et ne pouvait pas l'être tant que cette société restait sous l'empire de la vieille religion ». Id.

(3) Sumner Maine, Vinogradoff, *Cuq*.

(4) Année 1924, t. XLV, p. 634 et suivantes.

L'argument qu'il invoque ne manque pas de force : « L'héritier institué par testament, dit-il, est chargé de l'entretien du Culte du disposant et c'est là sans doute son attribution essentielle. Il ne pourrait donc être choisi hors du groupe familial *qu'autant qu'il se serait préalablement dégagé de ses liens culturels antérieurs*, libération dont les textes ne font aucune mention ».

C'est là, nous ne le dissimulons pas, la grave objection que l'on ne peut faire à notre théorie. L'étranger qui adopte un culte autre que le sien commence toujours d'abord par répudier celui-ci.

L'acceptation de l'héritier devrait donc s'accompagner d'une *Detestatio Sacrorum*... Or, nulle part, nous ne trouvons trace d'une semblable cérémonie.

Mais faut-il pour cela en conclure avec M. Lévy-Bruhl qu'elle n'a jamais existé ici ?

Les textes que nous possédons sur le testament primitif sont extrêmement rares. Ne peut-on supposer que ceux qui ont disparu (1) donnaient précisément la solution d'une foule de questions qui nous embarrassent et auxquelles, aujourd'hui, il nous est impossible de répondre ? (2).

Nous n'avons pas assez de documents pour pouvoir affirmer que la *Detestatio Sacrorum* avait lieu ici ; mais nous n'en avons pas assez non plus pour prétendre qu'elle n'avait pas lieu (3).

(1) Le fameux traité de Servius Sulpicius, *De Sacris Detestandis*, entre autres, tranchait peut-être cette question. Car, d'après son titre même, il devait passer en revue tous les cas dans lesquels la *Detestatio Sacrorum* avait lieu.

(2) « Comment l'héritier pouvait-il être chargé d'un Culte auquel il était étranger ? devait-il honorer à la fois ses dieux domestiques et ceux du testateur ? La difficulté était bien plus grande encore, lorsqu'il n'appartenait pas à la même Gens : la participation d'un étranger au Culte Gentilice entraînait la perturbation du Culte ; c'était une souillure pour la Gens. Il y avait là bien des questions délicates qui rendaient nécessaire l'intervention des Pontifes. Nous ignorons d'ailleurs comment elles étaient résolues » ; Cuq, *op. cit.*, 2^e éd., t. I, p. 293.

(3) M. Lévy. Bruhl essaie d'interpréter dans son sens le texte d'Aulugelle, XV, 27 : « In iisdem Comitibus, quae Calata appellari diximus, et Sacrorum Detestatio, et testamenta fieri solebant ». La répétition de la particule « et », dit-il, indique qu'il s'agit là de deux institutions complètement distinctes l'une de l'autre. Nous sommes d'accord. Mais qu'est-ce que cela prouve ? Nous n'avons jamais prétendu qu'elles se confondaient. Deux institutions peuvent être distinctes, et cependant avoir des rapports l'une avec l'autre.

En étudiant l'Adrogation, nous avons fait remarquer (1) qu'aucun texte n'y rattache explicitement la Detestatio Sacrorum. — Et cependant, tout le monde — et M. Lévy-Bruhl lui-même le premier (2) — admet qu'il y avait Detestatio Sacrorum en cas d'Adrogation.

Pourquoi, dès lors, ne supposerait-on pas de même qu'il y avait Detestatio Sacrorum en cas de testament — ou, plus exactement, d'acceptation de l'héritier ? — Le problème se présente de la même façon dans les deux cas : ici comme là, un citoyen possédant un Culte propre est appelé à continuer un autre Culte. La similitude est d'autant plus parfaite que les deux opérations ont lieu « in Calatis Comitibus ».

La supposition que l'on a faite au sujet de l'Adrogation, pourquoi ne la ferait-on pas au sujet de testament ?

Ayant repoussé l'objection de M. Lévy-Bruhl, nous allons à notre tour lui en opposer une.

D'après lui, « le testament le plus ancien ne serait autre chose que la désignation, par le paterfamilias de celui, parmi ceux qui vivent sous sa patria potestas, qui sera... le prêtre domestique chargé de l'entretien des Sacra ».

Ce choix du paterfamilias serait en contradiction absolue avec tout ce que nous savons du Culte des Ancêtres. Et cela, à deux points de vue :

1^o Les descendants sont *de plein droit* les continuateurs du Culte. Il n'est besoin d'aucun acte juridique pour leur donner cette qualité.

Ce n'est pas la volonté humaine, c'est *la naissance* qui fait d'eux les prêtres du foyer.

Le testament ne saurait rien ajouter à leur vocation naturelle.

Et l'on ne voit pas la raison d'être d'un acte qui se bornerait à constater ce qu'il ne peut pas empêcher.

2^o Etant issus des mêmes ancêtres, *tous les sui heredes du de cujus ont également le devoir et le droit d'entretenir ses Sacra*. Le de cujus ne saurait faire de distinction entre eux choisir un seul pour en faire le prêtre domestique, exclure les autres du sacerdoce héréditaire.

(1) Voir *Supra*, p. 51, note 2.

(2) « S'il avait été possible, à l'époque ancienne, d'instituer un extraneus sui juris, il y aurait eu nécessairement lieu à detestatio sacrorum, comme en matière d'adrogation ». Article cité.

Chacun de ses descendants est destiné, en fondant à son tour une famille, à devenir chef de Culte. Et quel sera ce Culte sinon le Culte paternel ?

L'attribution du Culte à un seul ne peut donc se concevoir (1).

Telles sont les raisons, assez sérieuses croyons-nous, pour lesquelles nous combattons la théorie de M. Lévy-Bruhl.

En résumé, sur les origines du Testament, nous en sommes tous réduits aux hypothèses, étant donné l'absence à peu près complète de textes.

Mais certaines de ces hypothèses nous semblent plus ou moins satisfaisantes. Et nous nous sommes décidé pour celle qui nous paraissait offrir le plus de vraisemblance, et soulever le moins d'objection.

La conception primitive du Testament, telle qu'elle vient d'être exposée, s'est altérée au cours des siècles.

La possibilité de désigner soi-même le continuateur de son Culte, de le choisir à son gré, était trop séduisante pour qu'on ne fût pas tenté de la généraliser (2). Et l'apparition de la liberté absolue de tester marque une époque où, tout en étant encore assez religieux pour vouloir perpétuer le Culte, on ne l'est plus assez pour observer scrupuleusement les principes de ce Culte.

Désormais, tout chef de famille est libre d'instituer un héritier testamentaire même s'il a des enfants. L'exhérédation de l'héritier domestique, continuateur naturel des Sacra, va devenir possible.

Un étranger peut exclure le fils du sacerdoce patriarcal.

C'est la conception évoluée du testament romain, qui a duré aussi longtemps que les Sacra eux-mêmes.

Nous voyons qu'elle implique une certaine décadence

(1) Tout au plus pourrait-on l'admettre à titre provisoire pendant l'indivision, tant que les héritiers restent en consortium. Mais comment supposer que le Testament, acte si important et si solennel, ne soit fait qu'en vue d'une période essentiellement transitoire et limitée ?

(2) « Le père de famille mourant intestat ne savait jamais si son culte n'irait pas s'égarer en des mains indifférentes ou indignes, tandis que par un testament il avait à peu près la certitude de le faire passer à l'homme de son choix » ; Accarias, *op. cit.*, t. I, n° 319 bis.

des scrupules religieux, décadence qui s'accroîtra encore davantage le jour où l'on incorporera le Culte à la propriété.

FORMES DES TESTAMENTS

Le Testament étant un acte religieux, d'une importance considérable, puisqu'il « a pour objet d'instituer un continuateur du Culte », ce caractère justifie le soin extrême qu'on attache à sa forme. On ne saurait abandonner à l'initiative des citoyens la confection d'un acte dont va dépendre la transmission des *Sacra Privata*.

Les particuliers peuvent bien choisir eux-mêmes le continuateur de leur Culte, mais il faut que ce choix soit contrôlé et ratifié, qu'il s'entoure de formalités qui en garantissent le sérieux et en assurent l'efficacité.

Le Testament ancien, le vrai Testament religieux, a lieu « in Calatis Comitibus », c'est-à-dire en présence du peuple, sous le contrôle des Pontifes.

« In Iisdem Comitibus, quæ Calata appellari diximus... testamenta fieri solebant » (1).

Il y avait ici, comme dans l'Adrogation, une enquête des Pontifes et un vote des Curies.

Les Pontifes intervenaient ; mais nous ne savons rien sur leur intervention. Nous en sommes donc réduits aux hypothèses.

Il est probable qu'ils recherchaient « s'il y avait lieu d'autoriser la transmission du Culte » (2), si le choix du testateur était sûr et sérieux, si l'héritier institué n'était pas indigne d'assumer les *Sacra*, s'il ne les laisserait pas périr faute de zèle et de piété.

Lorsque l'Institution d'héritier avait été approuvée par l'autorité religieuse, elle était ensuite votée par les Curies (3). La volonté du testateur devenait ainsi une loi. Elle acquiescance force légale et s'imposait à tous.

(1) Aulu-Gelle, XV, 27.

(2) Cuq, *op. cit.*, 2^e éd., t. I, p. 293.

(3) Nous repoussons l'opinion d'après laquelle le peuple aurait seulement servi de témoin. Son rôle devait être aussi actif ici que dans l'Adrogation, tout au moins au début.

Telle est la forme la plus ancienne des Testaments à Rome. Sa solennité était nécessaire pour garantir le maintien des Sacra. Mais le jour où les Pontifes établirent leur règle fameuse, on se montra moins exigeant, car dès lors l'intégration des Sacra aux biens garantissait suffisamment leur perpétuité pour que le formalisme religieux qui entourait la confection des Testaments devint à peu près inutile.

Le Testament *in Calatis Comitibus*, dont la solennité ne se justifiait plus, fut remplacé par des modes plus simples.

LEGS PARTIAIRE

Etre appelé à continuer le Culte du *de cujus* est un très grand honneur, mais c'est parfois un honneur assez lourd.

Il peut donc arriver que le testateur hésite à en charger un de ses amis, tout en ayant cependant l'intention de lui laisser une portion de sa fortune. Un moyen s'offre à lui. Au lieu de l'instituer héritier, il le fera Légataire Partiaire.

Le Legs Partiaire a été inventé pour laisser à quelqu'un une part d'hérédité sans la charge des Sacra (1). Ce n'est pas le fait de prendre les biens héréditaires, c'est le titre d'héritier qui oblige aux Sacra.

L'héritier seul a pour obligation de continuer le Culte, même, nous l'avons dit, s'il ne prend rien dans la succession. Inversement, celui qui prend dans la succession, comme légataire, une part même considérable, n'est pas tenu des Sacra, parce qu'il n'a pas le titre d'héritier (2).

C'est ce qui a fait introduire l'usage du Legs Partiaire. On a recouru à ce Legs toutes les fois qu'on voulait, dans une Hérédité, séparer le profit pécuniaire des charges religieuses. On instituait héritier celui à qui on voulait confier l'exercice des Sacra. On faisait Légataire Partiaire celui qu'on désirait avantager pécuniairement, sans aucune contre-partie.

Et comme la quotité du Legs Partiaire pouvait être considérable, et comprendre la presque totalité de la succes-

(1) « Testator, si quem ab sacrorum molestia liberatum vellet... illi certam partem legabat... quod partitio aut legatum partitionis appellabatur ». G. d'Arnaud, *Var. Conj.*, Lib. II, Cap. II.

(2) « Vidimus hujusmodi partitionis ope, quia partitarius heres non erat, sed legatarius, aliquem, licet dimidium hereditatis partem acciperet, sacrorum onere exsolvi ». G. d'Arnaud, *op. cit.*, II, 2.

sion (1), on en arrivait à réaliser ainsi une disjonction complète du patrimoine et des *Sacra*. Le patrimoine passait au Légalitaire. Les *Sacra* demeuraient à la charge de l'Héritier.

On a voulu expliquer d'une façon toute différente l'origine du Legs Partiaire, en prétendant qu'il avait été inventé pour tourner la Loi Voconia, interdisant aux citoyens de la Première Classe d'instituer des femmes héritières.

Mais cette théorie se heurte à une objection irréfutable : c'est que le Legs Partiaire est antérieur à la Loi Voconia.

En effet, la Loi Voconia est de 585. Or, Cicéron mentionne le pontife Coruncanus, mort vers 511, comme un de ceux qui, après l'apparition de la règle « *Sacra cum pecunia conjuncta sunt* », l'appliquèrent au Legs Partiaire (2), ainsi que nous le verrons plus loin.

Le Legs Partiaire existait donc bien avant que la Loi Voconia ne fût portée, et on ne saurait ainsi chercher son origine dans le désir de tourner cette Loi (3).

Là encore, nous sommes en présence d'une institution juridique influencée par les *Sacra*, mais cette fois au rebours : il ne s'agit plus de les perpétuer, il s'agit de les éluder.

II

Dans la seconde période, un grand principe domine toute l'Hérédité : C'est l'interdépendance des biens et des *Sacra*.

Désormais, les deux choses sont liées. On ne saurait les séparer. Qui prend les biens prend les *Sacra*.

« Pontifices pecuniam sacris conjungi volunt » (4).

Ils ont décidé « ut, ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia venerit » (5).

(1) C'est seulement en cas de silence du testateur que la quotité du Legs Partiaire était fixée à la moitié de la Succession.

(2) « *Placuit P. Scaevola, et Coruncanio, pontificibus maximis, itemque ceteris qui tantumdem caperent, quantum omnes heredes, sacris alligari* », *De Legibus*, II, XXI. Tout le monde admet que l'expression « qui tantumdem caperent, quantum omnes heredes » désigne les Légalitaires Partiaires.

(3) Elle a seulement contribué à développer encore davantage ce genre de Legs, en lui fournissant une nouvelle application.

(4) Cicéron, *De Legibus*, II, XX.

(5) Id., II, XIX.

Le Culte incombera donc, non plus seulement à l'héritier, mais à toute personne, *quelle qu'elle soit*, qui recueillera le patrimoine.

Là où va la fortune, là doit aller la religion.

Pourquoi cette réforme ? Tout d'abord, nous l'avons déjà dit, pour remédier à l'insuffisance de l'Institution d'héritier, moyen assez aléatoire, et pour parer au cas de mort *ab intestat* sans héritiers siens (1). Mais aussi, dans une large mesure, pour réagir contre une certaine indifférence qui commençait à se manifester à l'égard des Sacra. Certains héritiers, après s'être emparés des biens, montraient peu d'empressement à exécuter leurs devoirs religieux. Les Pontifes les y forcèrent, en faisant des Sacra une suite nécessaire de la propriété (2).

« Sacra cum pecunia conjuncta sunt ».

Cette décision contient en elle deux éléments contradictoires, car elle marque à la fois un désir extraordinaire de perpétuer le Culte, et un mépris total de ses règles essentielles. Imposer les Sacra à celui qui profite de l'Hérédité, c'est en effet reconnaître qu'ils peuvent désormais incomber à une femme, ou à un étranger complètement indifférent, que le de cujus n'avait pas désigné, que peut-être même il ne connaissait pas, n'ayant aucun rapport avec les morts qu'on le charge d'honorer.

Singulières dérogations aux vieilles règles primitives. Mais dérogations qui se justifiaient par la nécessité (3).

On sauva le culte en sacrifiant les principes.

« L'innovation introduite par le droit pontifical eut pour conséquence de transformer la notion de l'hérédité.

(1) « C'est une chose rare, tout à fait exceptionnelle, que le patrimoine pécuniaire soit laissé vacant ; faire aller les Sacra de pair avec lui, c'était donc presque anéantir les chances de leur disparition » ; Deglos, *Du Legs Partiaire*.

(2) Une question très obscure est celle des Sanctions. Comment les Pontifes assurèrent-ils l'observance de leur règle ? Cicéron ne fait allusion nulle part à une sanction quelconque. Mais il faut pourtant supposer qu'il en existait une, car un principe non sanctionné n'aurait eu aucune force. S'agissait-il seulement d'une Sanction morale ? Il nous semble qu'elle n'eût pas suffi à assurer le respect du principe. Il devait donc y avoir une Sanction positive ; mais quelle était-elle ? Nous l'ignorons. Peut-être une confiscation des biens héréditaires ?

(3) Mieux vaut encore un héritier quelconque, que l'abandon du Culte » ; Lescœur, *op. cit.*, p. 163.

« Le soin du Culte domestique, qui avait été considéré comme un honneur, devint une charge. L'hérédité... devint surtout un émolument, une valeur pécuniaire » (1).

C'est toute une révolution qui s'opère dans la conception primitive. L'héritier, au lieu d'être avant tout le continuateur du Culte, sera d'abord le successeur aux biens. Le caractère patrimonial l'emporte sur le caractère religieux.

« On voit s'intervertir l'ordre des facteurs dont se compose l'hérédité : ce qui était l'accessoire autrefois, le patrimoine, devient le principal, ce qui était le principal, le Culte privé, passe au second plan. On ne recueille plus les biens parce qu'on a la charge des *Sacra Privata* ; on recueille les biens, et, comme conséquence, on a la charge des *Sacra* » (2).

En face de l'actif, que constitue la masse des biens héréditaires, les *Sacra* représentent une portion du passif. Ils grèvent la succession, comme une dette quelconque. Ils sont devenus une des charges de l'Hérédité.

LES RÈGLEMENTS PONTIFICAUX

Les Pontifes ne se contentèrent pas de poser la règle ; ils en tirèrent les conséquences, et désignèrent eux-mêmes les personnes qui se trouveraient assujetties à la charge des *Sacra*, comme profitant de l'hérédité.

Cette désignation a fait l'objet d'une double réglementation.

La première se place à une date inconnue, qui coïncidait probablement avec l'apparition de la règle elle-même.

La seconde, plus complète, fut l'œuvre des *Scævola*. Ces grands Pontifes du *vi^e* siècle, aussi versés dans le Jus que dans le Fas, étendirent et précisèrent la classification antérieure (3).

Grâce à leur vigilance, tous les cas furent prévus (4).

(1) *Cuq, op. cit.*, 1^{re} éd., p. 518, t. I.

(2) *Lescœur, op. cit.*, p. 166.

(3) Celle-ci, plus succincte et beaucoup plus obscure, ne prévoyait que trois cas : « *Antiqui... docebant tribus modis sacris astringi : hereditate, aut, si majorem partem pecunie capiat ; aut si, majores pecunie legata est, si inde quippiam cepit* » ; *De Legibus*, II, XX.

(4) Il y a pourtant une personne qu'ils n'ont pas mentionnée : c'est l'acquéreur de l'Hérédité, en cas d'*In jure cessio Hereditatis*.

La substance, sinon le texte, des Règlements Pontificaux, nous a été conservée par Cicéron, dans un passage célèbre du *De Legibus* ; et ce passage est le seul document que nous ayions sur la question.

Rien ne fut changé en ce qui concerne les Héritiers. Ils demeurèrent par excellence les continuateurs du Culte (1). Lorsqu'il y en avait, c'est toujours eux qui assumèrent comme précédemment la charge des Sacra.

Leur cause est la plus juste, nul ne représentant mieux la personne du défunt. « *Heredum causa justissima est : nulla est enim persona, quæ ad vicem ejus, qui e vita emigravit, proprius accedat* » (2).

Mais à défaut d'héritiers, ou même à côté d'eux, sera désormais tenue des Sacra toute personne qui aura retiré un profit de l'Hérédité.

En premier lieu, le Légataire ou le Donataire *mortis causa* qui a pris à lui seul autant que tous les héritiers : « *Qui morte testamentove tantumden capiat, quantum omnes heredes* » (3). Celui-là sera tenu concurremment avec les héritiers (4). C'est donc plutôt un souci d'équité que la crainte de voir périr les Sacra, qui a dicté cette décision.

Les Sacra, en effet, ne sont nullement menacés de disparaître, puisqu'il y a des héritiers pour les assumer. Mais on a trouvé juste de les faire supporter aussi à celui qui tire de l'Hérédité le même avantage que les héritiers.

Puisque les Sacra vont là où va la fortune, lorsque la fortune se divise en deux parts égales, n'est-il pas équitable que chacune de ces parts soit grevée du Culte ?

Le Legs Partiaire, inventé pour dispenser son bénéficiaire des Sacra, ne lui évite donc plus cette charge. Mais il reste une question délicate : c'est celle de la contribution. Dans quelle mesure les héritiers et le légataire partiaire contri-

(1) Les deux Edits Pontificaux les mentionnent en tête, avant toutes autres personnes.

(2) *De Legibus*, II, XIX.

(3) Le 1^{er} Règlement disait : celui qui a pris la plus grande partie de la fortune (*major pars pecuniae*). Ce changement de rédaction s'explique par la survenance de la Loi Voconia, qui interdit de laisser au Légataire plus qu'on ne laisse aux Héritiers. Il n'y a donc plus de Légataire qui puisse « *majorem partem pecuniae capere* ».

(4) Et non à leur exclusion, comme le pense Accarias, qui voit dans la libération de l'héritier la raison d'être du Legs Partiaire.

bueront-ils à la charge des Sacra ? Seront-ils tenus *in solidum* ? ou chacun proportionnellement à la part qu'il recueille ?

Cela, nous ne le savons pas, et rien ne nous permet de préférer l'une ou l'autre solution, car nous ignorons si les Sacra étaient divisibles ou non.

La même question se pose d'ailleurs en cas de pluralité d'héritiers.

Sera ensuite tenu des Sacra, cette fois en l'absence d'héritiers, « si nemo sit heres », l'Usacapant *pro herede*, et sans doute aussi le Bonorum Possessor, le successeur prétorien, qui n'est pas compris sous la dénomination d'héritier, et dont la possession se transformera en propriété quiritaire par Usucapion. « Is qui de bonis, quæ... fuerint, quum moritur, usu ceperit plurimum possidendo » (1).

Vient ensuite le Bonorum Emptor, c'est-à-dire celui qui, lors de la vente en masse des biens d'une hérédité vacante, « en devient adjudicataire pour avoir offert aux créanciers le plus fort dividende sur ce qui leur est dû »...

« (De) (2) creditoribus... qui plurimum servet » (3).

Enfin, dernière conséquence de la règle pontificale, et non la moins curieuse, car elle repose sur une fiction subtile, sera tenu des Sacra le débiteur du défunt qui, n'ayant payé à personne (4), sera réputé avoir acquis par prescription la somme qu'il n'aura point payée : « Is qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, perinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit » (5).

On voit combien était extensible la règle « Sacra cum pecunia conjuncta sunt ». Le débiteur, en effet, n'a pas pris réellement les biens héréditaires, ne s'est pas emparé de la pecunia. Il n'a pas retiré de l'Hérédité un profit positif. On peut dire qu'il n'en a retiré qu'un profit négatif.

Mais du moment qu'il éprouve, du fait de la succession, un avantage quelconque, cela suffit, au regard du Droit Pontifical, pour l'astreindre aux Sacra.

(1) Cicéron, *De Legibus*, II, XIX.

(2) C'est la correction de Sarigny.

(3) *De Legibus*, II, XIX.

(4) En cas d'hérédité vacante non adjugée.

(5) *De Legibus*, II, XIX.

INCONVÉNIENTS DE L'HÉRÉDITÉ

JACENTE

USUCAPION PRO HEREDE

Lorsque la succession est dévolue à un héritier externe, celui-ci n'est pas de plein droit et immédiatement obligé d'accomplir les Sacra.

Il n'y sera tenu que s'il accepte, que s'il fait adition.

C'est l'Adition qui « fait du déclarant un continuateur du culte et de la maison du de cujus : elle lui impose la charge du Culte » (1).

Jusqu'au jour de l'Adition, il n'y a personne pour accomplir les cérémonies religieuses. Les Sacra demeurent en suspens.

L'Hérédité est jacente. Le patrimoine attend un maître. Le Culte attend un prêtre.

Tant que l'héritier ne s'est pas décidé, on se trouve dans l'incertitude, dans une situation instable, « nuisible à la mémoire du défunt qui ne reçoit pas de culte domestique » (2).

Cette situation ne saurait se prolonger.

Il y a là un inconvénient grave (3), qu'il importe de faire cesser le plus vite possible. Il faut restreindre la période pendant laquelle les Sacra se trouvent suspendus. Il faut hâter la décision de l'héritier.

On y arrivera, en le forçant à se prononcer dans un certain délai.

De là l'invention de la Cretio imposée par le testateur — et du Spatium Deliberandi, créé par le Préteur.

Passé l'un ou l'autre de ces délais, l'héritier qui ne s'est pas prononcé étant déclaré déchu, l'Hérédité et les Sacra passent à un autre.

(1) Cuq, *op. cit.*, 2^e édition, p. 128.

(2) Girard, *Manuel*.

(3) Ce n'est pas le seul, d'ailleurs. Et nous ne prétendons pas qu'on a forcé l'héritier à accepter le plus vite possible uniquement pour sauvegarder les intérêts religieux de la Succession. Il y avait aussi des intérêts pécuniaires, dont on se préoccupa. Les intérêts religieux ne furent qu'un des facteurs en jeu, mais l'un des plus influents.

De là enfin l'Usucapion Pro Herede.

Cette institution se rattache directement au désir de faire cesser le plus vite possible l'interruption momentanée du Culte. C'est Gaius lui-même qui nous le dit : « Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres materius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit » (1).

Aussi longtemps que l'héritier n'a pas fait adition, le premier venu peut s'emparer des biens héréditaires et les usucaper par un an de possession (2).

Acquérant le patrimoine, il sera tenu des Sacra à la place de l'héritier, ainsi que nous l'avons vu en étudiant les Règlements Pontificaux.

L'Usucapion Pro Herede a donc un double but : d'abord restreindre la durée de la suspension des Sacra, en excitant l'héritier à faire promptement adition par crainte d'être évincé. Mais aussi trouver un continuateur du Culte, au cas où l'héritier se désintéresserait définitivement de la Succession.

Cette institution, née des Sacra, survécut assez longtemps à leur disparition. Mais, dépouillée de sa principale raison d'être, elle n'était plus qu'une chose choquante et assez malhonnête, une sorte de vol autorisé, puisqu'elle permettait à toute personne de s'emparer sciemment de biens appartenant à autrui, sans que cet acte présentât comme avant une utilité sociale qui le justifîât. Aussi Gaius qualifie-t-il d'« improba » une telle Usucapion.

Un Sénatus-Consulte d'Hadrien abolit enfin au II^e siècle cette institution archaïque, survivance attardée d'un passé disparu.

MOYENS D'ÉLUDER LES SACRA

Tant que les Sacra furent un honneur que l'on proposait, ils furent scrupuleusement accomplis par celui qui les acceptait.

Quand ils devinrent une charge que l'on imposait, on ne chercha plus qu'à s'en débarrasser.

Rien de plus conforme à la logique humaine.

(1) I, II, 55.

(2) I, II, 53 et 54. Il bénéficie donc d'une Usucapion abrégée.

Héritiers et Légataires s'ingénierent à conserver le profit pécuniaire de la Succession, en répudiant les charges religieuses.

Nous sommes arrivés à une époque de décadence de la foi, et nul scrupule ne retient plus ceux qui devraient assumer les Sacra.

Pour se délivrer de cette obligation, l'héritier n'a qu'un seul moyen à sa disposition : l'*In jure Cessio Hereditatis* (1).

Moyennant un prix égal à la valeur des biens héréditaires, il transfère l'Hérédité en bloc à un tiers acquéreur, qui devenant lui-même une sorte d'héritier (2), se trouvait substitué à lui dans tous les droits et toutes les charges successorales. Or les Sacra sont compris au nombre de ces dernières.

L'héritier cédant s'en trouvait donc débarrassé, et retirait de l'opération un profit absolument net.

Mais la Cession d'Hérédité n'est possible que pour un héritier externe, *ab intestat*, et qui n'a pas encore fait addition.

Elle est donc d'une portée extrêmement restreinte. Ni l'héritier testamentaire (3), ni l'héritier sien (4) ne purent jamais l'utiliser.

Le Légataire Partiaire est plus favorisé. Trois procédés ont été mis en œuvre pour lui épargner les Sacra tout en lui conservant son Legs.

Les Pontifes eux-mêmes furent les artisans de cette libération. Pontifes et Juristes à la fois, mais plus Juristes que Pontifes, ils furent les premiers à montrer le mépris des devoirs religieux.

Le Droit Civil, chez eux, l'emporta sur le Droit Sacré. Et Cicéron raille l'habileté avec laquelle ils se servirent de l'un pour éluder l'autre.

Après avoir proclamé que les Sacra sont indissolublement incorporés aux biens, ils ruinèrent eux-mêmes le principe qu'ils avaient établi.

(1) La femme a en plus la *Coemptio Interimendorum Sacrorum causa*.

(2) Gaius, I, II, 35.

(3) *Id.*, I, II, 36.

(4) C'était du moins l'opinion des Sabinien : « *Nostri praeceptores* », dit Gaius (I, II, 37).

Dans cette œuvre de destruction, Scaevola (1) fut le plus habile. Grâce à son ingéniosité, le Legs Partiaire fut de nouveau affranchi des Sacra, et l'on revint à l'ancien état de choses.

Cette libération pouvait être obtenue par l'un quelconque des expédients suivants : Déduction — Acceptation partielle — Stipulation (2).

Le procédé de la *Déduction* est extrêmement simple, et repose sur une application littérale des Règlements Pontificaux. Ceux-ci astreignent aux Sacra le Légataire qui prend autant que tous les héritiers.

Il cessera donc d'y être astreint s'il prend tant soit peu moins qu'eux. Le testateur partage sa fortune en deux fractions égales, puis il retranche de celle destinée au Légataire une somme insignifiante (*centum nummi*). Le Légataire se trouvera ainsi prendre moins que les héritiers, et le Règlement ne lui est plus applicable.

L'*Acceptation partielle* libère le Légataire de la même façon, au cas où le testateur a négligé de faire lui-même la Déduction.

Le Légataire prendra volontairement moins qu'on ne lui a laissé (3), échappant ainsi aux Sacra comme précédemment.

L'acceptation partielle d'un legs, prohibée par le Digeste (4), est donc possible à cette époque.

Plus compliqué est le procédé de la *Stipulation*.

L'opération est double (5). Le Légataire libère d'abord l'Héritier de la somme que celui-ci doit en vertu du testament, mettant ainsi les choses dans le même état que si le

(1) Quintus Mucius.

(2) Cicéron, *De Legibus*, II, XX et XXI.

(3) « Quod si hoc, qui testamentum faciebat, cavere noluisset, admonet jurisconsultus hic quidem ipse Mucius, pontifex idem, ut minus capiat, quam omnibus heredibus relinquatur » : *De Legibus*, II, XXI. Si par la suite, un des héritiers du Légataire réclame la portion abandonnée par celui-ci, cet héritier sera tenu des Sacra.

(4) D., XXX, 38. — XXXI, 4, 6, 58.

(5) A l'Époque Classique, il aurait suffi d'une Stipulation Novatoire. Mais au temps de Scaevola, on applique le principe de la Correspondance des Formes. La Stipulation Novatoire ne pourrait donc éteindre qu'une dette née Verbis. Or, l'héritier est obligé en vertu du testament, qui se fait par Mancipation. Tenut per aes et libram, il ne pourra être libéré que per aes et libram.

Legs n'avait pas été fait (1). Puis il lui fait promettre par stipulation une somme égale à celle dont il vient de le libérer.

Le Légataire va devenir un créancier *ex stipulatu*. L'obligation a changé de cause. L'argent qu'il recevra de l'héritier ne proviendra pas de la Succession, et ne sera donc pas grevé des Sacra.

Mais ce procédé exige le concours de l'héritier ; il faut faire appel à sa complaisance pour le réaliser.

Bien que permettant au Légataire de garder l'intégralité de son Legs, il présente donc une certaine infériorité sur le précédent, dans lequel le succès ne dépend que de l'intéressé.

Ainsi, par les divers moyens que nous venons d'énumérer, malgré le caractère absolu qu'avait en apparence la règle pontificale, héritiers et légataires sont parvenus, dans une large mesure, à éluder l'obligation du culte.

Ils ont réalisé l' « Hereditas sine Sacris ».

(1) « E medio est jure civili, ut per aes et libram heredem testamenti solvant et eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is, cui legatum est, stipulatus est id ipsum, quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur, sitque ea non alligata Sacris ». *De Legibus*, II, XXI.

CONCLUSION

Nous venons de constater, au cours de cette étude, l'influence profonde que les Sacra ont exercée sur le Droit Romain, et comment ce sont eux que l'on doit chercher à l'origine de ces institutions importantes qui s'appellent le Mariage, l'Adoption et l'Adrogation, l'Institution d'Héritier, le Legs Partiaire.

Pendant des siècles, les Romains observèrent les rites minutieux du Culte Domestique, par piété d'abord, par habitude ensuite.

Mais toutes les institutions humaines, au bout d'un certain temps, déclinent et disparaissent.

Les religions n'échappent pas à cette loi.

Inventées par les hommes pour assouvir leur perpétuel besoin de croire, il arrive une période où elles ne répondent plus à ce qu'on leur demande.

Les religions s'en vont, comme les opinions changent. Elles ne sont qu'un moment de l'idéal humain.

Les superstitions assez grossières sur lesquelles reposait le Culte Domestique, ne pouvaient convenir qu'aux Romains primitifs.

Vers la fin de la République, alors qu'au contact de la philosophie grecque les idées se furent affinées, on commença de trouver ridicules des croyances aussi rudimentaires.

Ces morts divinisés qui ont besoin de boire et de manger, et qui, si on ne les satisfait pas, reviennent vous tourmenter, il y avait là de quoi faire sourire des esprits tant soit peu éclairés.

On se forma de l'immortalité une conception plus

haute (1) ou même — privilège d'une élite — on nia résolument toute immortalité (2).

Quelques temps encore, cependant, par la force de l'habitude, on continua de pratiquer une religion à laquelle on ne croyait plus. Mais cette religion, qui se survivait à elle-même, n'avait plus qu'une existence factice. C'est de la profondeur des croyances qu'elles inspirent, que les institutions tirent leur force vitale.

Quand la religion ne fut plus qu'une simple formalité, quand on n'observa plus que la lettre du Culte, à partir de ce jour les Sacra furent condamnés.

Ils tombèrent en décadence au début de l'Empire et disparurent insensiblement, à l'époque même où le Christianisme naissant jetait ses premières lueurs.

L'Etat « n'était plus une corporation religieuse dont la prospérité dépendait de la dévotion de chacun de ses membres, mais une association politique, qui bornait sa responsabilité à l'entretien du Culte public, et eût regardé comme un anachronisme la sollicitude inquiète des Pontifes pour les Sacra Privata » (3).

Les Sacra tombèrent en désuétude. Mais toute trace de leur existence ne disparut pas avec eux. Le souvenir des croyances séculaires ne s'efface jamais entièrement. Il en subsiste toujours quelque chose dans les mœurs ou dans le langage.

Non seulement les institutions qu'ils avaient inspirées survécurent aux Sacra, mais à une époque où la religion privée n'existe plus, le terme même de Sacra se rencontre encore dans le vocabulaire juridique. Il est encore employé par le Législateur, pour caractériser certaines situations.

La chose avait disparu, mais le mot demeura, perpétuant la mémoire de ce qui avait été.

Justinien lui-même fait encore allusion aux Sacra. Divers passages du Code contiennent des expressions qui y sont relatives.

En parlant des enfants émancipés, Justinien, dit qu'ils

(1) Sur l'évolution de la notion d'immortalité vers la fin de la République et le début de l'Empire, voir G. Boissier, *la Religion Romaine*, t. I, chapitre V.

(2) César et Lucrèce se rencontrent sur ce point.

(3) Bouché-Leclercq, *les Pontifes de l'Ancienne Rome*, p. 219.

sont « a Sacris paternis absoluti » (1). Et il dit de celui qui émancipe : « a sacris paternis remisit » (2).

Inversement, demeurer sous la puissance paternelle, c'est « in sacris esse » (3), — « in sacris remanere » (4), — « in sacris paternum constitutum esse » (5).

Souvenirs indélébiles de la vieille Rome religieuse. Réminiscence d'une époque lointaine, où le fils était réellement « dans les Sacra » de son père.

Ainsi, jusqu'à la fin du Droit Romain, jusqu'à travers la codification byzantine, alors que les Sacra sont abolis depuis des siècles, on voit flotter encore, sur les Institutions Juridiques, le reflet persistant des vieilles croyances mortes, comme ces étoiles éteintes, dans l'infini du ciel, dont la lumière rayonne encore longtemps après qu'elles ne sont plus.

(1) Code, VI, 58, 13.

(2) Code, VI, 42, 31.

(3) Code, VI, 61, 2.

(4) Code, VIII, 53, 11.

(5) Code, III, 28, 37.

Vu :

Le Président de la Thèse,

PIERRE NOAILLES

Vu :

le Doyen,

H. BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLÉTY

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — Les Sacra Privata.....	8
I. — Culte Domestique.....	8
II. — Culte Gentilice.....	11
III. — Les principes du Culte.....	13
CHAPITRE II. — Le Mariage.....	18
I. — L'obligation au mariage.....	18
II. — La Communio Sacrorum.....	21
1 ^o Mariage Cum Manu.....	21
2 ^o Mariage Sine Manu.....	27
III. — La Coemptio Interimendorum Sacrorum Causa.....	31
CHAPITRE III. — L'Adoption et l'Adrogation.....	40
I. — L'Adoption.....	41
II. — L'Adrogation.....	46
CHAPITRE IV. — L'Hérédité.....	56
I. — Institution d'héritier.....	57
Forme des Testaments.....	64
Legs Partiaire.....	65
II. — Les Règlements Pontificaux.....	68
Inconvénients de l'Hérédité. Jacente. Usucapion Pro	
Herede.....	71
Moyens d'éluder les Sacra.....	72
CONCLUSION.....	76
TABLE.....	79

